المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب
قسم التراث العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

اسم المخطوط فتح العزيز في شرح الوجيز ، الجزء الخامس (فقه شافعي)
(يبدأ بكتاب البيوع ، وينتهي بكتاب الديات)

اسم المؤلف الرافعي ، عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم .. القزويني (ت ٦٢٣ هـ)

عدد الاوراق ٤٧٩ المقاس ٢٧ X ١٨ ـ ٣١ سطرا

مصدر التصوير

الرقم في مصدر التصوير

تاريخ التصوير

ملاحظات رقمه (٢) فيما عدا الخازندار.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

كتاب البيوع ١
باب خيار الشرط ١١
باب خيار الرؤية ١٧
باب خيار العيب ٢٠
باب البيع الفاسد ٢٨
فصل في احكام البيع الفاسد ٣٨
فصل فيما يكره من البيع ٤١
باب الاقالة ٤٢
باب المرابحة والتولية ٤٥
فصل ومن اشترى شيئا مما يكال او يحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه ٤٧
باب الربوا ٩٠
باب الحقوق ٥٧
باب الاستحقاق ٥٧
فصل في بيع الفضولي ٥٨
باب السلم ٦١
مسائل مشورة ٧٠
كتاب الصرف ٧١
كتاب الكفالة ٧٧
فصل في الضمان ٩٠
باب كفالة الرجلين ٩٤
باب كفالة العبد وعنه ٩٤
كتاب الحوالة ٩٥
كتاب ادب القاضي ٩٨
فصل في الحبس ١٠٣
باب كتاب القاضي الى القاضي ١٠٥
باب التحكيم ١١١
مسائل شتى من كتاب القضاء ١١٢
فصل في القضاء بالمواريث ١١٢
فصل آخر كتاب الشهادات ١٢٠
فصل وما يتحمل به الشاهد على الشاهدين ١٤٥
باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل ١٦٧
باب الاختلاف في الشهادة ١٧٣
باب الشهادة على الشهادة ١٧٩
فصل في تشهير شاهد الزور ١٨١
كتاب الرجوع عن الشهادات ١٨٠
كتاب الوكالة ١٨٤
باب الوكالة بالبيع والشراء ١٨٤
فصل في الوكالة بالشراء ١٨٨
فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ١٩٥
فصل في الوكيل بالبيع ١٩٥
فصل واذا وكل وكيلين ١٩٨
باب الوكالة بالخصومة والقبض ١٩٩
باب عزل الوكيل ٢٠٦
كتاب الدعوى ٢٠٦
باب اليمين ٢١١
فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٢١١
باب التحالف ٢١٩
باب ما يدعيه الرجلان ٢١٩
فصل في التنازع باليد ٢٢٥
باب دعوى النسب ٢٢٧
كتاب الاقرار ٢٣٣
فصل ومن قال لفلان علي الف درهم ٢٣٣
باب الاستثناء وما في معناه ٢٣٤
باب اقرار المريض ٢٣٦
كتاب الصلح ٢٤٣
فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال ٢٤٣
باب التبرع ٢٤٥
باب الصلح في الدين ٢٤٦
فصل في الدين المشترك ٢٤٦
فصل في التجارة ٢٤٩
كتاب المضاربة ٢٥٠
باب المضارب يضارب ٢٥٥
فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح ٢٥٦

فصل في الغزل والقسمة ٢٥٦
فصل فيما يفعله المضارب ٢٥٧
كتاب الوديعة ٢٦٠
كتاب العارية ٢٦٤
كتاب الهبة ٢٦٨
باب الرجوع في الهبة ٢٧٢
فصل ومن وهب جارية فاستخدمها ٢٧٤
فصل في الصدقة ٢٧٦
كتاب الاجارات ٢٧٦
باب الاجير متى يستحق ٢٧٧
فصل ومن استأجر رجلا ليذهب به البصرة فيجيء بعياله ٢٧٥
باب ما يجوز من الاجارة ويكون خلافها فيها ٢٨٠
باب الاجارة الفاسدة ٢٨٣
باب ضمان الاجير المشترك ٢٨٦
باب الاجارة على احد الشرطين ٢٩٠
باب اجارة العبد ٢٩١
باب الاختلاف في الاجارة ٢٩٢
باب فسخ الاجارة ٢٩٣
مسائل منثورة ٢٩٣
كتاب المكاتب ٢٩٥
فصل في الكتابة الفاسدة ٢٩٧
باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ٢٩٩
فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه ٣٠١
فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى ٣٠٢
باب من يكاتب عن العبد ٣٠٥
باب كتابة العبد المشترك ٣٠٦
باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ٣٠٨
كتاب الولاء ٣١٢
فصل في ولاء الموالات ٣١٤
كتاب الاكراه ٣١٥
فصل وان اكره على ان اكل الميتة او شرب الخمر او يكفر بالله او يسب رسول الله ٣١٩
كتاب الحجر ٣٢٠
باب الحجر للفساد ٣٢٢
فصل في حد البلوغ ٣٢٢
باب الحجر بسبب الدين ٣٢٦
كتاب المأذون ٣٢٨
فصل في اذن ولي الصبي للصبي في التجارة
كتاب الغصب ٣٣٦
فصل وما يتغير بعمل الغاصب
فصل ومن غصب عينا فغيبها
كتاب الشفعة ٣٤٩
باب طلب الشفعة والخصومة فيها ٣٥١
فصل في غصب لا يتقوم
فصل في الاختلاف اذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن ٣٥٣
فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٣٥٤
فصل واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة ٣٥٥
باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ٣٥٧
باب ما يبطل به الشفعة ٣٥٩
فصل واذا باع دارا الا قدر ذراع في طول الدار الى جنب المبيع ٣٦١
مسائل متفرقة ٣٦١
كتاب القسمة ٣٦٢
فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم ٣٦٤
فصل في كيفية القسمة ٣٦٥
باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ٣٦٧
فصل واذا اصطلح بعض الشركاء على قسمة بعينه لم تفسخ القسمة ٣٦٨
فصل في الهبات ٣٦٩
كتاب المزارعة ٣٧٠
كتاب المساقاة ٣٧٦
كتاب الذبائح ٣٧٨
فصل فيما يحل اكله وفيما لا يحل ٣٨١
كتاب الاضحية ٣٨٢
كتاب الكراهية ٣٨٢
فصل في الاكل والشرب
فصل في اللبس ٣٨٣
فصل في الوطء وفي النظر والمس ٣٨٦
فصل في الاستبراء وغيره ٣٩٦

فصل في البيع ٣٨٦
مسائل متفرقة ٣٨٨
كتاب احياء الموات ٣٨٩
فصول في مسائل الشرب ٣٩٠
فصل في المياه ٣٩١
فصل في كري الانهار ٣٩١
فصل في الدعوى والاختلاف والصرف في الشرب ٣٩١
كتاب الشركة ٣٩٢
فصل في ضمان العصير ٣٩٤
كتاب الصيد ٣٩٥
فصل في الجوارح ٣٩٥
فصل في الرهن ٣٩٧
كتاب الرهن ٤٠٠
باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ٤٠٤
فصل ومن رهن عبدين بالف وقضى حصة احدهما ٤٠٩
باب الرهن الذي يضمن بالعدوان ٤٠٩
باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ٤١١
فصل ومن رهن عصير العشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة ٤١٣
كتاب الجنايات ٤١٦
باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب ٤١٨
فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فقتلوه ٤٢١
فصل في القصاص فيما دون النفس ٤٢١
فصل واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ٤٢٣
فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ يده ٤٢٦
باب الشهادة في القتل ٤٢٦
باب في اعتبار حالة القتل ٤٢٨
كتاب الديات ٤٢٩

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر واعن يا كريم اللهم صل على سيدنا محمد وآله

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك بطريق التمليك وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء إذا اشتراه وشراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولاشتماله على الانواع الاتية ذكرها جمعوه وجوازه ثابت بقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم باشر البيع بنفسه وباشره الناس متبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكر احد من المسلمين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء بعناصرها ... ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول لما دل على ذلك ... شروط منها ما هو من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما ممتدور التسليم و... ة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل تصرف المالي في المبيع ... بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرط مطلقا فقد نهى النبي صلى ... وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد ... ب عليه خيره كو... في ... والخيارات بط... مقامه ويبيعها بالدين ... ويسمى سلما وباعتبار التأخير ... والوضيعة ويسمى تقسيطا ... العاقدين بالنسبة شرعا ... العاقدين ايجابا لانه مبتدأ ... الكلام المتقدم ايجابا والقبول ... ان يقول الموجب بعت واشتريت ... بالنسبة فالبيع يعقد ... لانها ... ما كونه شيء ... مور الشرع ... هو تقرير كلام ... ولابد من ضم شيء اليه ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا يتم الدليل وهو ظاهر ... ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك ... ان النبي صلى الله عليه ... استعماله لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا ... عليه ولان لفظ ... جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان ... مساومة قبل ... ان احدهما ... ان احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال واما اذا كان

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول كما هنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام احد العاقدين ايجابا لانه مثبت ... القبول فاذا قبل سمي كلامه قبولا وحينئذ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا ويشترط ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت واشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالنسبة فالبيع يعرف ... لانها ... ما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع كلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان ... ن الاسامي والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به

المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي وقيل في تعليله لان صيغة الاستقبال يحتمل الحال فصح النبيه وقيل لان هذا اللفظ وضع ... للاستقبال ضرب نحو ... وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما ... لسينا وسوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ الاستقبال ... فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به وفيه انه الحال غير جائز لعدم مصادفته المحل وان اراد ... يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فمجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان قال به لانها انما تعمل في الحال لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال ... ما عرف فلا يحتاج الى التنبيه ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن التنبيه الماهي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المفهوم ان المجموع ... في ارادة الحقيقة لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول هو ... لا ثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في ... وع والحقيقة الشرعية فيها هو الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية قوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان ... اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا ... توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح وقوله رضيت واعطيتك هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المثمن انعقد البيع بذلك الثمن انعقد افادة المعنى المقصود وكذا ... قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امره بالاخذ بالبدل ... لا يكون الا بالبيع فتصير كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعتبر هو المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في الهبة وضمنه اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه ولهذا اي ولكون المعتبر هو المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في الخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقول هو الصحيح احترازا عما قاله الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه قال واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعت منك هذا بكذا فاذا ... قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مخيرا ان شاء رد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فلا فرضنا بيعا لم يكن بيعا هذا ... وان كان الايجاب غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن بطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا الحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بالايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محاله ولا ينقض بما اذا دفع الزكاة الى الساعي حيث

قال في النهاية والمعنى فيه ان انعقاد البيع في غير الماضي من صيغ الامر ... اختص له لفظ الماضي من بين ... وذلك لان الحجة به وهو البيع ... لم يكن بينهما في الزمان المتراخي فجعل ... ده تعالى انشأ بينهما بيعا وشرعه ... عنه بقوله اتطلقت واشتريت افتضى ... تحقيقا للكلامين ومثل هذا في العادات ... قوله انت طالق حين يصلح افتضى ... قبيل انت طالق وقوع الطلاق ... وهذا المجاز عنه تحقيقا للكلامين فكذا هذا

الحول فان الموكل لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من الموكل فحق الفقير عمله لانتفاء ما هو اقوى منه وقوله وانما يمتد الى اخر المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الكتاب عقيب خلوه عن الايجاب او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على يمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس قال والكتاب كالخطاب او اكد اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال بعت هذا من فلان الغايب بالف فاذهب فاخبره بذلك فوصل الكتاب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغايب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه في ولو قال بعته من فلان الغايب ولم يحضر الغايب في المجلس وقبل ثم حضر الغايب في المجلس وقبل صح ولو باعه الوكيل بيعا وقبض الثمن ثم هلك الثمن قبل ان يسلمه الوكيل الى الموكل هلك من مال الموكل ولو هلك المبيع قبل التسليم هلك من مال الوكيل ولو استحق المبيع او رد بعيب بقضاء رجع الموكل على الوكيل بالثمن ولو رد بعيب بغير قضاء لم يرجع الوكيل على الموكل بشيء ولو وكل رجلا ببيع عبد فباعه ثم اختلفا فقال الوكيل بعته بالف وقال الموكل بعته بالفين فالقول قول الموكل مع يمينه ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه ثم اختلفا فقال الوكيل اشتريته لك بالف وقال البايع بل بعته لك بالفين فالقول قول الوكيل مع يمينه ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه ثم اختلفا فقال الوكيل اشتريته لك بالف وقال البايع بل بعته لك بالفين فالقول قول الوكيل مع يمينه ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه ثم اختلفا فقال الوكيل اشتريته لك بالف وقال البايع بل بعته لك بالفين فالقول قول الوكيل مع يمينه

والبيع يتم بالايجاب والقبول لان البيع عقد والعقد لا يتم بالواحد وهو الايجاب ولا بد من ان يكون القبول مطابقا للايجاب لان البيع لا يتم بدونه ولا بد من ان يكون القبول في المجلس لان الايجاب يبطل بالقيام عن المجلس قبل القبول لان الايجاب اذا بطل بالقيام عن المجلس قبل القبول فبالقيام قبل وجود الايجاب اولى وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وها هنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول الجب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فكونها متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي وقوله والتفرق تفرقا الاقوال جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقايل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فكون اسناد التفرق اليهما مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفرق والتفرق الى غير الاعيان سايغ شايع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمايه فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمايه فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى البايع كان قال بعناهذا منك بماية فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منكما بماية فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ المشتري فكذا كله قياسا واستحسانا واما تعدد البايع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشرا فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة وبوجبه على قولهما قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل هذا متصل بقوله ان شا قبل في المجلس وان شا رد

فكان هذا امتناعا عن اتمام العلة والعلة اذا تمت لا تبطل بالامتناع عن القبول كالشاهد اذا شهد على رجل بالف درهم ثم قال لا اشهد عليه لا تبطل شهادته وكذا اذا قال بعت هذا العبد من فلان الغايب ولم يحضر الغايب في المجلس وقبل ثم حضر الغايب في المجلس وقبل صح

ولو باعه الوكيل بعيب او بمحاباة فاحش جاز

حاشية

منكم بماية فقال بعتهما بمايتين لم ينعقد البيع بينهما لان الايجاب لم يتفق على احدهما

منكم بماية فقال بعتهما بمايتين انعقد البيع بينهما لان الايجاب اتفق على احدهما

حاشية

وذكر في المبسوط قال ابو يوسف رحمه الله في الاملاء ان تاويل هذا الحديث انه اذا قال بعتك هذا العبد بالف درهم فقال قبلت ولم يقل شيئا حتى قال بعد ذلك بعتك هذا العبد بالف درهم فقال قبلت فان البيع الاول لا يتم لان القبول لم يتصل بالايجاب الثاني وهذا يدل على ان المجلس اذا تغير يبطل الايجاب الاول ويجعل كانه اعرض عنه وقال بعد ذلك بعتك هذا العبد بالف درهم فقال قبلت فان البيع الاول لا يتم لان القبول لم يتصل بالايجاب الثاني وهذا يدل على ان المجلس اذا تغير يبطل الايجاب الاول ويجعل كانه اعرض عنه

شبكة الألوكة www.alukah.net

وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقه وهو ايضا في الاعتقاد
وفيه نظر لان الجاز باعتبار ما يكون اليه اوما كان عليه ايضا كذلك اذ على ذلك يصح على
مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعمله اولى من
المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى جهالة اذ ليس
لدوث معلوم ولا غاية معروفة فصار من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده
وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد معروف او نقول التفرق يطلق على الاعيان
والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من اداء اجماله على التفرق
بالابدان الى الجهاله وبهذا التاويل اعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن
ق ـــ والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في البيع الاعواض المشار
اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان ما الاشاره كفايه
في التعريف المزيل للجهالة المفضيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما
عقد البيع فان جهالة الوصف تفضي الى المنازعه لوجودها او اقوى منه في التعريف وكون
التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربويه
اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحه لاحتمال الربوا وانما لم نقيد في الكتاب لان
ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس ببيانه ق ـــ والاثمان المطلقه لا تصح
الا ان يكون معروفه القدر والصفه الاثمان المطلقة عن الاشارة لا تصح بها العقد
الا ان يكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة كونه بخاريا او سمرقنديا
لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمنع حصوله بالجهاله المفضيه الى
النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهاله مفضيه الى المنازعه فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت
الغرض المطلوب من البيع ق ـــ ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي المبيع ما يتعين في
العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو
ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن
القراو هو مضمون بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل البيع ما يحله العقد من الاعيان
ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعه
على احد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله ويتقسم كل منهما المحض ومتردد فالمبيع
المحض هو الاعيان التي فيت من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة
الى اجل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها
دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للتثمين كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات
والموزونات والمعدودات المتقاربه فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا
الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعه وان قابلها عين وهي بعينه فهي
مبيعه والثمن لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما باولى بان يجعل مبيعا من الاخر

فجعل كله واجب بيعا وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينه
فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطه قد وصفها
كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال لشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعه ولا
يصح الاسلام بشروطه هذا ملخص كلامهم في الموضع واقول الاعيان ثلثة نقود اعني
الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومثليات كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشمل على البيع المحض
والثمن المحض وما هو ذا لك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء
وعدمه في ق ـــ ومؤجل البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لا طلاق قوله تعالى واحل
الله البيع وحرم الربا وروى انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه
درعه لكن لا بد وان يكون الاجل معلوما لما بينا فيما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم
والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها ق ـــ ومن
اطلق الثمن كان للغالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفه ينصرف الى النقد الغالب قال
اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا ووقع العقد على نقد البلد وان كان
في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفه كان العقد فاسدا لان الجهالة بسبب احدها تفضي
الى ما ذكرنا في هذا الموضع الاقسام العقليه المتصورة في هذه المسئلة احدها لا قرار لها على متن
الكتاب طلاله فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فاقول اذا
كان في البلد نقود مختلفه فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية
دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري
والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني
لا يجوز لان الجهالة توقعها في المنازعه المانعه من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز
وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة لا تليق بموجبه
في المنازعه المانعه عن التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة
يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي واذا
فرض استواهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني
الثمان ترتفع الجهالة ببيان احدهما فحينئذ يجوز وقوله او يكون احدهما اغلب والرواج
حينئذ ينصرف البيع اليه تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان
كون احدهما ارواج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استوائهما والبيع جائز فيهما
وقوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة
الى القسم اعادة للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون
الثلاثة منه دانقا والفضري اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري بخارا والاختلاف بين العدالي
لغرعانه وفقهاء ماوراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا اختلاف في المالية مع التساوي في الرواج

شبكة الألوكة www.alukah.net

وقوله فان كانت سواء فيها اى في المائيه يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتاخرون من المشايخ ويصرف اسم الدراهم الى ما قدروه من المقدار كعشرة ونحو من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستوايهما في الرواج ولا اختلاف في المائيه ويظهر من هذا تقييد كلام الشيخ فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المائيه ومثاله وهو قوله كالثاني بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزايه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثاني الى قوله جاز وقد لاح بستقيم ان يجعل قوله كالثاني الى اخره متعلقا بقوله فان كانت سواء الان ما كان اثمانه منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المائيه يمكن ان يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع قال ويجوز بيع الطعام والحبوب المراد بالطعام الحنطه ودقيقها لانه نقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص واسمائها كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا افضت الى المنازعة وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز بانائه بعينه اذا باع الطعام او الحبوب بانائه بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذا ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم قيل بنكر على هذا اما اذا باع احد العبدين الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فاخذ ايهما شاء ورد الباقين او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضيه الى النزاع مفسد للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى اخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم اليمين في الثانيه وروى عن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعه ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز كبانائه مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر فقد فبحقق المنازعه وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر وفي المجازفه المعقود عليه وهو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من

سواء لكن ح

مكايلة ح

قوله ويجوز بيع الطعام بالحفظه ودقيقها خاصة في العرف الحاضر كما يدل عليه حديث الفطره كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير قوله والحبوب عطف العام على الخاص او يقدر وكذا باقي اي وباقي الحبوب فلا يدخل الطعام والمكايلة اي بشرط عدد من الكيل والوقف اللغة المكايلة ان تكتال له ويكتال لك ح كمال

بخلاف السلم فانه لا يجوز ح

بالجلس ح

القدر ولم يوجد شئ منهما فان الغرر عدم المجازفة والمكايل اذا لم يكن معلوما لم يسم شئ من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفه واظهر يعني من حيث الروايه قال ومن باع صبرة طعام اذا قال البايع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس اولا فان كان الاول فالبيع جايز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما لان عند ابي حنيفة رحمه الله ان صرف المسلفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تعلم فان قيل سلمنا انعقاده فاسد لكن ينقلب جايزا كما اذا كان فاسد الحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد لضعفه يظهر ثمرته في البيع الرابع وبامتداد الاجل وليس هما ان هذه جهالة اذا لقيا في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان اذا لقيا بايديهما فلانها ترتفع بكل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها اما بيد البايع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالته واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجب لابي حنيفة ان القياس يفيد الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه ابو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا اجاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البايع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علما ولم يسم واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما ياتي فلا خيار له وفيه بحث اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الوصيان عبدا مشتركا بالف ثم اشترا احدهما الكل بخمسمايه قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقه ولم يوجد الخيار واما ثانيا فان قياس قول ابي حنيفه ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشتري قفا مع مد تبرفانه لا خيار له في القفز لعلم ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد وارد اعلى الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ها هنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفرق الصفقه لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه

لايجوز ان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لايجوز فصار
كما اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف إلى القن فقط لان المدبر لايقبل النقل ولاخيار له
في القن وعلى الثاني بانصراف البيع إلى القفيز واحد مجتهد فيه والعوام لاعلم لهم باحكام المسائل
المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما
ان الكل مبيع ممنوع إذ الكل قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تفريق الصفقة لان
الصيغة موضوعة للكثرة وتقدمها ايضا الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع ولهذا
لو علم المقدار في المجلس صح والصرف إلى الاول باعتبار تعذر الكل فلا حاجة الصرف العقد إلى بعض ما دل
عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي ان يقال فحكان
الواجب ان يثبت للخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه قوله
وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن بعد ذلك التحليل بل بما
قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حد سه وظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت
وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزوايد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت
فيحتاج ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق اولا فصار كما اذا اراه ولم يكن راه وقد البيع
وهكذا في الموزونات والمعدودات المتفاوتة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند
ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين
الشاة موجود وفي تلك جهالة تفضي إلى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المزروعات اذا بيعت
مؤازرة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احديهما كما اذا قال
بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب
وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم
فصحيح اما الاولى فظاهرة واما الثانية فان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة
ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما تبين جملة الثمن صار جميع الذرعان
معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عند هما فهو جايز كما في الكل لما
قلنا ف ـــ ومن ابتاع صبرة طعام اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم
فلا يخلو عن الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل او اكثر فان كان الاول فذاك فان كان الثاني
خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا
وان كان الثالث فالزايد للبايع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكلما وقع على مقدار
معين لا يتناول لغيره الا اذا كان وصفا والقدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف
فالبيع لا يتناوله فكان للبايع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان
كل واحد من العاقدين مخيرا فيها ان شاء اشتراها او تركها واذا كان المشتري مذروعا كان
اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير
المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو

وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن واما انه وصف
فقد بينه بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض
واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان
من اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي فلكون
الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني
المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذ بحصته وقوله الا انه يتخير
استثنا من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه
كان الزايد للمشتري ولا خيار للبايع لانه وصف تابع للمبيع فلا يقابله شيء فصار كما اذا باع
عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسايل الفقه وقد منع ان
يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول
والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل وعريض يقال ايضا شيء قليل او كثير نعم عشرة
اقفزه اكثر من تسعة لاجماله فكيف جعل الذراع الزايد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف
على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلف عبارتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب
بالتشقيص فالزيادة والنقصان وصفان فيه وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان اصل وقال
بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في انتقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو
اصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الكلي
والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزه اذا انتقص منها قفيز فالتسعة
تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم
على انها عشرة اقفزه واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري
بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة
الزايدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا فاذا عرف هذا اعرف ان القلة
او الكثرة من حيث الكيل او الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع عليها هو
المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا
واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكما لو الاصابع وصف
فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود
بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يدا لعبد المبيع قبل التسليم
او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان
توالفا فاطلع المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شيئا بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني
الثياب او المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان شيا بالم يكن هذه المسلة والاولى
ان يقال يعني الارض فاذا بلغها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة

لا يجوز ان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فضار
كما اشترى قفاء وعدا فان البيع ينصرف الى القفيز لا الى القفيز فقط لان العدد لا يقبل النقل ولا خيار له
في القفيز وعلى الثاني باطل انصراف البيع الى قفيز واحد مجهول فيه والجواهر لا علم لهم باحكام المسائل
المجهول فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما
ان الكل مبيع ممنوع ان ينافي التفرق والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تفريق الصفقة لان
الصيغة موضوعة للكثرة وتصدقها ايضا الكثرة وما ثمة ما يأبى شيوعي الصرف الى الجميع ولهذا
لو علم المقدار في المجلس صح والصرف الى الاول باعتبار تعذر الكل فصار كما لو صرف العقد الى بعض ما دل
عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي ان يقال فكان
الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا الباب عنه قوله
وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن بعد ذلك التفليس بل بما
قاله لانه علم ذلك الان فربما كان في خدمته او ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت
وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزوايد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البايع او نقصت
فيحتاج ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق اولا فصار كما اذا راه ولم يكن راه وقتا لبيع
وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند
ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين
الشاة موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المزروعات اذا بيعت
مؤازرة حكم الغنم اذا بين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال
بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب
وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم
فصحيح اما الاولى فظاهرة واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة
ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما تبين جملة الثمن صار جميع الذرعان
معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عندهما فهو جايز كما في الكل لما
قلنا قال ومن ابتاع صبرة طعام اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم
فلا يخلو عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل او اكثر فان كان الاول فذاك فان كان الثاني
خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لاستفاء البيع بانتفاء الرضا
وان كان الثالث فالزايد للبايع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكلما وقع على مقدار
معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف
فالبيع لا يتناوله فكان للبايع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان
كل واحد من العاقدين مخيرا فيها ان شاء اشتراها او تركها واذا كان المشترى مذروعا كان
اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير
المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو

وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن واما انه وصف
فقد بينه بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض
واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان
من اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي بان كون
الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني
المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذ حصته وقوله الا انه يتخير
استثنا من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه
كان الزايد للمشتري ولا خيار للبايع لانه وصف تابع للمبيع فلا يقابله شيء فصار كما اذا باع
عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسايل الفقه وقد منع ان
يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول
والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل وعريض يقال ايضا شيء قليل او كثير ثم عشرة
اقفزه الكثير من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزايد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف
على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلف عبارتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب
بالتشقيص فالزيادة والنقصان وصفا فيه وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان اصل وقال
بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو
اصل وقيل ما لا ينفصل الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الاول
والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزه اذا انتقص منها قفيز فالتسعة
تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم
على انها عشرة اقفزه واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري
بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فقيمة
الزايد على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا فاذا عرف هذا عرف ان القلة
او الكثرة من حيث الكيل او الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع عليها هو
المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا سلم ان الاوصاف لا تبقا بالمها
شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا
واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكما لو قطع الاصابع وصف
فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود
بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يدا لعبد المبيع قبل التسليم
او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان
توبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شيئا بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني
الثياب او المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان شيئا بالم يكن هذه المسلة والاولى
ان يقال يعني الارض فاذا بلغها على انها مائة ذراع بمائة درهم فان وجدت ناقصة

لعقدها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا
بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شئ من
الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اى اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع
الثمن لم يكن المشتري اخذ كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان
كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون
اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لان ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع
ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الاحاد كواجب بان كل ذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء
العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شئ من الثمن كالحال والكتابة
ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغائه جهة الوصفية من
كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله
من حيث انه لا يقابله شئ من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم تعرد
كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زيادة اخذ المشتري بالجميع كل ذراع بدرهم
او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر
فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا وقوله
ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان
بمنزلة ثوب على حدة فساد البيع اذا وجدها اكثر او اقل مما كان العقد وارد اعلى ثوب عشرة
وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما يأتي واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن
امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان
الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول
ان الاثواب مختلفة فكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان
من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزايد لو لم يدخل كان بايعا بعض الثوب
وفساد البيع فحكمنا بالدخول تحريا في الجواز والقفيز الزايد ليس كذلك قال ومن اشترى
عشرة اذرع شرا عشرة اذرع من ماية ذراع من دار او حمام على ان يكون المبيع مما ينقسم
او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جايز اذا كانت الدار ماية ذراع واشترا
عشرة اسهم من ماية سهم جاز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من ماية ذراع من دار كعشرة اسهم
من ماية سهم لكونها عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان الذراع حقيقة في آلة
التي يذرع بها واراد تها هاهنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال واراده المحل وربما
ما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون
مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم جواز المجاز وذلك اى العشر اذرع غير معلوم بما مسنا
اذ لم يعلم ان العشرة من اى جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف

السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشايع فلجهالة لا تفضي الى المنازعة
فان صاحب عشر اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما
منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان
ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من اية
ذراع وبين ما لم تعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في
الصحيح لبقا الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما نقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة
جملة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة
من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال ومن اشترى
عبدا على انه عشرة اثواب عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الجمل اذا
اشترى عبدا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم وكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا
زاد فلجهالة المبيع لان الزايد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب تختلف فكان المبيع مجهولا
يفضي الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص منه عند قسمة المشتري وهي
مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا وحينيذ لا يدري قيمته بيقين حتى يسقط
فكانت جهالة توجب جهالة الباقي من الثمن فلا شك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله
كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود
بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه يتغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة
المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين
الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد
العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في الكل خلافا لهما
كذا هذا واستدل بما ذكر محمد في الجامع وجعل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا
احدهما مروي والاخر هروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز في الهروي وجه الاستدلال ان الغاية في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان
فوات الصفة في احد البيدين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى
ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر كما في ما بين وفوق بين هذه
المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرطا في العقد في الهروي وهو شرط
فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا
يوجد ها هنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصوره
فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد وهروي بفتح الزاء ومروي بسكون الراء
منسوب الى هراه ومرو قريتان بخراسان قال ولو اشترى ثوبا واحدا اشترى ثوبا واحدا
على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة اذا اراد اخذه بعشرة
بالخيار وفي النقصان بحصته ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة

شبكة الألوكة www.alukah.net

ان شاء قال محمد اخذ في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ه
ان شا لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف
الدرهم فيجزى عليه من التجزيه وفي بعض النسخ يجزى عليه اى على النصف حكم المقابلة بخير
كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف ان باقراد البدل صار كل ذراع كثوب
على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن ثبت له
الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما
اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما
وزال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسع
كزيادة صفة الجودة فيسلم له مجانا وعلى هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوابه
كالقميص والسراويل والاتيه اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوابه لانه لا تسلم الزيادة له لانه
وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا اقال
المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الخطه اذا باع منها قفيزا فصل
مسايل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احديهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل
في المبيع وان لم يدخل صريحا والثانية ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له
في الدخول ويعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في الحال ليس
باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم
يسمه لان اسم الدار تتناول العرصة والبنا في العرف لا يقال لا تسلم تناوله البنا في العرف فانه
لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله ايضا باعتبار كونه صفة
لها وهي اذا لم تكن داعية لليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبنا ليس بوعاء لليمين فلم يتقيد
به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البنا متصل به اى بالارض على تاويل المكان اتصال قرار
فكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة او مثمرة او
غيرها على الاصح وان لم يسم للاتصال فاشبه البنا ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل
به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام
والجواب انه غير وارد على التعبير المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام قال ومن
باع نخلا اذ اباع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبايع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمره لقوله
صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمر للبايع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان
ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المقصود عليه الارض فيما دخل عليه ثمر فقال
صلى الله عليه وسلم الثمر للبايع الا بالشرط ولم يذكر الفعل وقوله ولان الاتصال وان كان حاصلا فيه
اشارة الى ان الاعتبار للثاني الحال والحال الاولي لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال
للبايع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيومر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمر ورفع الزرع
وقال الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد

عليه تفريغ

ان لا يقطع وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر
الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد
سلمنا لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك مطلقا يعارضه
ما يسقطه وقد عارضه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وبقاء قدامه على البيع مع علمه بطالبة
المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا قوله هنا اشارة الى الجواب عن المقيس عليه
وتعرين ان القيم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم
العوض تسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك قياسا ولا فرق بينهما اذ كان الثمر
بحال له قيمة اولم يكن في كونه للبايع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري
وجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في احد الروايتين وما يصح بيعه منفردا لا يدخل في بيع
غيره اذ الم يكن موضوعا للقرار وقوله واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق
يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها اصحابها
فلم يثبت فانه لا يدخل في البيع لانه موضوع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضل ان ذلك فيما اذا
لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فيها فهو كالثمر وهذا لان بيع العفن بانفراده
لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر
الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان صحح بعض الشارحين بتشديد النون وهذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه يعني ممن جوز بيعه قبل ان ينبت له المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم
يجوز جعله تابعا مشفر البعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل
قال ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة
اربعة الاول بعت الارض والشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت
بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها
والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها وفي الثاني والثالث
لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة مذكور لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمراد
ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان
لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا او الزرع محصودا
فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح ه قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على
الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جايز بد اصلاحها بصلاحها لانتفاع
بني آدم وعلف الدواب ولم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا في الحال او في الزمان الثاني فصار
كبيع الحشيش والمهور وذكر شمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده ان البيع قبل ان ينتفع
به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر
قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ الاول اصح بعني رواية وقوله لما الاولى فلما اشار اليه محمد في
باب العشر ولو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البايع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم

ودراية ٩

يكن الشراجايزا في اول ما اطلع لما وجب العشر على المشتري واما الثالثة فلانه
مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والخشب وهو
ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعه بشرط الترك او ان
المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت لو اذهب الله الثمر الذي
على التخوم بم يستحل احدكم مال اخيه وانما بتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى
ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال
تفريغا لملك البايع قوله وهذا اشارة الى الجواب اذا اشتراها مطلقا او بشرط
القطع اما اذا قال اشتريته على اني اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو شرط القطع سواء وكان تركها على
النخل شغل ملك الغير او ان يبني في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه
لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي
عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار او اجارتها وليس
كذلك نعم لا يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها ليس
صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها واما اذا اتناهى عظمها فكذلك عند
ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس لان شرط الترك عما لا يقتضيه العقد واما عندهما فقد
استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم تتناه
عظما لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب انا
لا نسلم ان التعامل جرى في شرط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط
في العقد ولو اشترى الثمرة التي لا يتناهى عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن
البايع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم
ذلك قبل الادراك ويقوم بعد فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل
بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى
يتصدق بشيء لان هذا غير حال من ابقى الى النضج لا تحقق زيادته في الجسم فان الثمرة اذا
صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البايع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها
والكوكب يعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخل باستجار
النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجان النخل لعدم التعارف فان
التعارف لم يجر فيما بين الناس باستجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة
الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن يخلص سواها وهاهنا يمكن للمشتري ان يشتري
الثمار مع اصولها على ما سنذكره واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فطاب الفضل
فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن
كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن بطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه

هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف وامثاله ومما نحن فيه
بخلافه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا الى ان
يترك في الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب
له الفضل لان الاجارة فاسدة فلها الا وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم
لشدة الحر وقد يتاخر لشدة البرد والفاسد ما لم تحقق من حيث الاصل فان كان يكون
متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا له
وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخل وتركها والمدة
مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البايع بين المشتري والثمار
فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان
التسليم قد وجد وحدث ملك للبايع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط
والقول بمقدار الزايد قول المشتري لان الثمر في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا
ظاهر المذهب وكان شمس الايمة الحلواني يفتي بفساده ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن
الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود
اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا وبهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله وكذا في
الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا احدث شيء قبل القبض واذا احدث بعده
يشتركان والمخلص ابي الحيلة في جوازه فيما اذا احدث قبل القبض ان يشتري الاصول لحصاد
الزرع مع ما عليه وبهذا قال شمس الايمة السرخسي انما يجوز لجعل الموجود اصلا والحادث تبعا
اذا كان لم يصر مقصودا ولا ضرورة هاهنا لان فاعها ببيع الاصول قلت ولا يجوز
ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرا واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك ولم يبين ان
مراده الثمر على رؤس النخيل وثمر مجذوذ وقد ذكر في بعض فوايد هذا الكتاب ان مراده
ما كان على النخيل واما بيع المجذوذ فجايز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال
اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا
موضوعا على الارض فباع النخل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله
لان الباقي بعد الاستثناء معلوم والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما
سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كرهي نخلة قال المصنف
قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان
مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة واجيب بانا
لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البايع يطلب صاعا من التمر احسن كيلا والمشتري
يدفع اليه ما هو ادنى التمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون التمر الا قدر المستثنى
فيفوت العقد عن الفايدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المقدار بهذا المعنى وعن هذا قال بعض
الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة وردبانه لو كان المستثنى صاعا واحدا ورطلا

واحدا فانه كذلك وبانه لا يخلو اما ان بقي شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين
يقتضي صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما فيصح
ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض كذلك
ان يكون المبيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون جميع المبيع
استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المآل واما
في الحال فلا نعرف هل يبقى الاستثناء قائما او لا فصار مجهولا وفيه نظرا لانها ليست بفضيه
الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز بزيد به
على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال
ينبغي ان يجوز لان الاصل انما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد
وبيع قفيز من صبرة جاز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد بانفراده
لا يجوز استثناؤه جملة وفي بيع اطراف الحيوان لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا
لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد
العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فيشتركان في القصد والعلم وما جاز ان
يقع مقصودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة
بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه
واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فانه لا يجوز
لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز
افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب
والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وابراد
العقد عليه جايز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع
من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جايز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم
كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منها بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من
القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم
يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا لحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما
في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد
البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال
على ان لي عشرة لم يصح قيل ولقايل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة
واستثناءها جايز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول
لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الى المستثنى منه بحسب الوزن
فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قال ويجوز بيع
الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لانه يجوز الا الحبوب كالحنطة والباقلا والارز والسمسم

بعده

فيه وحمله

وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلا الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول
وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور مما لا منفعة له والعقد
عليه لا يصح كما اذا باع تراب الصاغة ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى تبيض ويامن العاهة وحكم ما بعد
الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل
بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن
قوله مستور مما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي البيع بعد ما حب منتفع
به ومن اكل الفول يشهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى
فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محاله فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مما لين مستورين ينتفع
بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز
وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا والجهالة قدرا في السنبلة فان قيل الفرق
بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في
كون المبيع مغلقا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها
ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذا في التمر اليه اشار ابو يوسف
قال ومن باع دارا الا اغلاقها جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع
دارا دخل في البيع اغلاقها بنا على ما تقدم ان كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والا غلاق
كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح لا يدخل في بيع الغلق بلا تنصيص لانه كالجزء منها اذ لا
ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع
بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل
في بيع الدار فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء لا محاله وقوله
الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من
حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب
ملك الدار وهو انتفاع بها لا محاله والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس
الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر
يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال واجرة الكيال اذا باع المكيل مكايلة او الموزون
موازنة او المعدود عددا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهو على البايع لان
التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما
اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البايع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة
عنه على المشتري وجه الاول ان العقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل
التسليم والبايع هو المحتاج الى العقد ليبرز ما علق به من حق غيره او يعرف العيب ليرد
ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المغذو والجوده تعرف بالنقد كما تعرف العدد

بعضه

كمثنه

وناقد الثمن

بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه
المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ق ـ ومن باع سلعة بيع السلعة
مجملا اما ان يكون بثمن او بسلعه فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن اولا لان
حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لكونه مما لا يتعين
بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي الهداية ايضا لان الدين انقص
من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن
حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوايهما في التعيين
فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جايز البيع نافية تكون لازما واحرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرايطه
وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار
الشرط على ساير الخيارات لانه يمنع ابتدا الحكم ثم خيار الرويه لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار
العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان كملة في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل
في البيع لكونه في معنى القمار ولكن للجاء به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم
تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس
وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار ايا ما
او على اني بالخيار ابدا وجايز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها
ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي
جايز عند ابي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره
وجه قول ابي حنيفة في الخلافيه ما روى ان حيان بن منقذ كان يغبن في البياعات لمامومة
اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابه ولي الخيار
ثلاثة ايام والخلابة هو الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد
وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا ما جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر
على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبايع والمذكور في النص هو المشتري فكما عدم تم فيمن
له الخيار فليتعد في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البايع
في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يتمكن
بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى
الله عليه وسلم اجاز الخيار الى ثلثة اشهر ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن
وقد تمس الحاجة الى الاكثر وكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن فانه جايز
قلنا المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حيان مشهور فلا يعارضه حكايه حال ابن عمر سلمنا
انها سوا لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرويه وخيار
العيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب

الحادثه كان مصابا في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل
ان المقدر لنفي الزيادة سلمناه لكن الكثير بمعنى الغرور ازيد وقد تقدم والقياس على التاجيل
في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل
مدة فقد يحتاج الى مدة طويله قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثنا من قوله ولا
يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكرا اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلاثة جاز
ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لعدم
خلافا لزفر فتامل ذ رحمه الله يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جايزا
لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين واشترى عبدا بالف ورطل خمر
ثم اسقط الدرهم الزايد ورطل الخمر وكمن تزوج امراة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعه لا يحكم
بصحة نكاح الخامسه ولابي حنيفة انه ابطل واسقط المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا
العقد في الابتدا على قول ابي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بخلاف
خيار الشرط على اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الايمة السرخسي الى انه موقوف
فان امضى جزءا من اليوم الرابع فسد فنقول انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلاثة ايام ذ
تعليلا على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر ذ امها على الشرط فاذا
سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جايزا وهذا لان هذا العقد
لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جايزا
فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البايع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره
ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان
يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبل انقلب جايزا بالاتفاق
وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط
الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصاله باليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك
لم يتصل المفسد بالعقد فكان جايزا والجواب بما قاس عليه زفر رحمه الله من المسايل ان الفساد فيها
في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن ق ـ ولو اشترى
على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال
على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او قال
على انه ان لم ينقد الثمن ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهو جايز عند علمايا الثلاثة والقياس وهو
قول زفر ان لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقاله فاسده لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط
صحيح الاقاله في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد
فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد واستحسن العلما جوازه ووجهه انه هذا في معنى شرط الخيار
من حيث الحاجة اذ الحاجة تمست الى الانتساخ عند عدم النقد مخرجا عن المماطلة في الفسخ واذا كان

بلغ مقابله

وهو كون الاستثناء منقطعا ح

لان الظاهر ح

تتم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان التطرق الالحاق انما هو
الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجوده فيهما واما الزايد على ذلك فلا معتبر به وقد
قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم يفسخ
العقد حتى لا يجوز فيتاسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول
ابي حنيفة ومحمد لا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلاثة ايام
فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد رحمه الله ابا ابو حنيفة رحمه الله فقد مر على اصله
في الملحق وبنى الزيادة على الثلاث وكذا لمحمد رحمه الله مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو
يوسف رحمه الله احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه
ذلك ما قال المصنف وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتضعيفه على الوجهين
احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة
ايام والمراد بالاثر ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا
القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بما ثر ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد
الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلثة ايام باثر
ابن عمر وهو ما روى ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد
الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزايد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز
كما مر قوله وفي هذه المسئلة قياس اخر تقدم معناه قال وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن
ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبايع
فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن لا يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شئ من المبيع
والثمن من ملك البايع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البايع او الثمن من ملك المشتري
فهل يدخل في ملك المشتري والبايع فيه خلاف قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يدخل وقالا يدخل اما دليل
عدم خروج المبيع عن ملك البايع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب انما يحصل
بالمراضاة لكون الوصل رضا لا في حقيقة الشرعية ولا بتم المراضاة بالخيار لان المبيع به يصير علة اسما
ومعنى لاحكما فمنع ابتدا الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري بيعه في
التصرف فيه وان قبضه باذن البايع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم
يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البايع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول
المبيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار كالجالة
لا يجوز ابتدا العقد عليه فيه فلا يلحقها الاجارة وهي معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون الحل
وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون
بالقيمة كالمقبوض على سوم الشرا وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة
وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في
مدة الخيار واما اذا هلك جعلها يلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو

يخرج من ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البايع والثمن لا

العقد

هلك المبيع في يد البايع انفسخ البيع ولا شئ على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار وقيل
وانما ذكر الفصيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما اذا لم يخرج عن ملكه
اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك
من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر واما البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل
في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه لم يدخل لزم اجتماع البدلين في ملك
رجل واحد حكما للمعاوضة والاصل له في الشرع الا ترى ان المعاوضة تقتضي المساواة وتنقض بالمدبر فان
غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك المدبر ولم يخرج المدبر عن ملكه كان البدلان مجتمعين في ملك واحد وقالا
بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جنايته وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما
لانه لما خرج عن ملكه فلم يدخل في ملك الآخر بقي زايلا الى الهلاك يعني سايبة ولا عهد لنا به في الشرع
وتنقض بما اذا اشترى مستولد الكعبة عبد المسلمين فانه لا يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك
المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس فيها وهو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف
قد تقدم وروح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في
ملكه وبما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض
قوله فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم انفا. مراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما
ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا
مضت والعيب قايم لزم العقد لتعذر الفسخ الحادث اليد وبين بما ذكر ان هلاك المبيع بعينه يوجب القيمة على المشتري
اذا كان الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع
اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب
فهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبايع فلم يمنع الرد على المشتري بدخول
العيب لان الخيار للبايع لانه ملكه والمبيع موقوف فلزوم القيمة قال ومن اشترى امرأته هذه
مسايل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البايع ولا يدخل
في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل حتى لو اعتق هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم ينفسخ النكاح
لانه لم يملكها وان وطيها لم يرد بها لان الوطي لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا
فليس له ان يردها لان الوطي يفضيها وهذا اشير اليه قوله ان وان وطيها له ان يردها معناه اذا لم يفضيها
الوطي فاما اذا افضاها فلا يرد هنا ان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما ينفسخ النكاح
وان وطيها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطيها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظاير في كونها مستردة
على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه
عنده خلافا لهما ومنها لو اقال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما
بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشرا لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده
ولو انشا العتق بعد شرايه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان يتوب

عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشئ بصحبها
لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في
الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض
في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا تختر بتلك الحيضة من الاستبراء خلافا لهما ولو ردها
على البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل
القبض وجب على البايع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده
يجب الاستبراء على البايع قياسا واستحسانا واجمعوا في البيع البات بفسخ ما قالا في عرضها
ان الاستبراء واجب على البايع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا
ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا يصير ام ولد له عنده فان صاحب الخيار به
لا بد من احد امرين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض
المشتري او يكون اشترى لامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط
الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عندي خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير
ام ولد له لا ظرف الولادة وما بعد كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة
الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى تأمل وانا انحنا الى اصلاحنا ويلين لانا لو اجرينا على ظاهر
اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع
بالاتفاق وبطل خياره شرط لان الولادة عيب فلا يمكن رد ها بعد ما تعيب الجارية في يد
المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يد
البايع في مدة الخيار او بعدها هلك على البايع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا الوديعة لم تقع لعدم
ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البايع وعندهما هلاكه
المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له
فابراه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم يملكه كان الرد استعادة عن تملك والماذون
له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لان الملكه كان الرد منه تمليكا برضى عوض والماذون ليس
من اهله فان قيل اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج من ملكه فما وجه ابراء البايع عن الثمن قبل
ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك
وهو العقد ومنها اذا اشترى ذميا من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده يبطل
الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبايع واسلم يبطل البيع
بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه
بان فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما
قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البايع والمشتري
والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبايع فاجازته تحصل بثلاثة اشياء
بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره لتكون العقد به نافذا وبان

تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري
بالحال لا يملك فسخه على تلك الحال كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ
فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البايع في مدة
الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطئها او قبلها او ان يكون
الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ
سواء في ذلك حضور الاخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا
واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البايع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة
الاخر اي بعلمه انفسخ بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز وهو قول الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من
هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح
ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل
غايبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن الضرر
اما اذا كان الخيار للبايع فالمشتري عساه يجتهد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة
القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن وخافي في كونه ضررا واما اذا كان المشتري
فالبايع عسى يعتمد تمامه ولا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام فيوجب البيع وفي
ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق العين يتوقف على علمه لامحالة
كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام وانا
انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع
كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالزام
على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم
من لزوم الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفذ بالفسخ
لربما اختفى من ليس له الا مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر
مخفي موهوم بنه فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا قلا يرد ما قبل الطلاق
والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسموع لان ذلك من
الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة واما قيل
الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي
لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح
من حيث انه نعم فاستدامتها بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة سفعل على زوجها
وفيه الزام حكم لا اختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل بذلك بالتزامه او لانه لا ضرر فيه فان
الابجاب حصل منه ولو رأى ضررا ما اقدم عليه لانه غير زايد على موجب نكاح من له الخيار او هو
مرضي به بالاقدام على سببه ولان تخيل اختيار المالك رفع عدد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه

الخيار ح
حيث ترك الاستيناق باحد الكفيل
بخلاف العتبه واعلم ان مدار
دليلها الزام ضرر زايد غير مرضي به ح

الزام عليها لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا مثل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم يعلم لانه لا ضرر في العدة ولكونه باحداث الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زايد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الاخر فلا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كني الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البايع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فجرى فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس بمشبة واراده وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن الموروث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكيه صفة تنتقل من الموروث اليه في الاعيان خلافا فلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكيه ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من الموروث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم البيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال العرض لا يحل من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو العرض لا يحل انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من الموروث الى الوارث بذاته من غير تعيينه العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه ثبت للوارث ابتدا لا ندفع للمشفي وهما في ذلك سيان الا ان الموروث يتقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني الشفعة والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول النقل وما ذكرنا يدل على انتفايه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني ممنوع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل الموروث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبه بتسليم الجزء الفايت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البايع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه خلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يورث حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت

فان

لكن اخلط ما له عالم ربحا بنت له خيار التعيين ح

له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذاك الخيار لا يرى ان الموت كان له ان يفسخ وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقديره كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز تعني من المشترى وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من موجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من واجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره اما اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلثه استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كالوكيل بالشراء بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نايبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى اه في منزلة من المقتضى الا يرى ان من قال لعبده اعتق عبدك عني على الف لا يكون ذلك كتحرير اقتضاء لان التحرير اقوى من حيث التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لغيره ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كما قاله عنه كذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكانه هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة المذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوته بمقتضى التصحيح المقتضى ولو صح الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض قان قيل فليكن بطريق الحواله فان في المطالبه بالدين فالجواب ان المشترى اصيل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو الحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز لما بينا ولو اختلفا فعلى ما نقض ولو اختلفا في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الروايه ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فنفذ كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد قوي من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف الغايب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امراته السنه وطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازه واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجازوا المبيع هلك عند البايع والمنسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ لهلاك المبيع عند البايع لا يلحقه الاجازة والاخفاء في

اي للغير في الطايرح

قوة ما يتظر اعلى غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقضنا ما اذا اقاما من له الخيار غيره فنقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البايع يحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبايع وكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للعقد واجيب بان الكلام في انه الحق الفسخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف ربحنا بحال التصرف اشارة اليه اذ ذاك يعني لما كان كل منهما في اصل التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا بقال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من قوابع الخيار وكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضه في ذلك قوله واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابي يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه استخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد قلنا لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لما ليكته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاقوى لا على العكس يجعل حال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لما ليكته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجح العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرف لنا ويما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا في ـــ ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس فان لم يحصلا كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة لجهالتها اولي وذلك لان الذي فيه الخيار ركن الخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك قيمته مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسماية على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الحر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذ اجمع بينهما في بيع اجابا المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس

لم يرجح تصرف المالك

ان الاجنبي

تصرف

فان قيل

بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم ولقايل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لظاهر فتامل منك فاحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتها بالف كل واحد منهما بخمسماية على ان بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الاخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم ينفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى الجهالة في المبيع بالعقد فيما اذا اضيف عن انعقاد العقد في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الاخر انعقد بالكل ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضي القاضي بجوازه نفذ وكان قسمة الثمن على القيمتا صيانة لحق المحترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا بتداء بالجهة فاما ـــ ومن اشترا ثوبين على ان بالخيار ايهما شاء ومن قال اشتريت احدهذين الثوبين على ان لي ان اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جايز استحسانا وكذا الاثواب الثلثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد هو القياس لان بيعا بيع في الاثنين والثلثة فساده في الاربعة لان البيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر الشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن لتحاذرهما هو الارفق والاحوط الى هذا النوع من البيع محققة لانه ربما يحتاج الى الخيار من نوع بصيرته او اجنبا رمن يثيره لاجله كما مر انه وبينه والبايع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا سلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان عليه جواز مركبا من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة او اكثر فاما الحاجة فانما تتحقق في الثلثة لوجود البعيد والوسط والردي فيه والزايد نفع ثمر اغير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت لاتمام علته وعلم ان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير في الماذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذكر ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار نفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الايمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع النسه فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق وحجة الاخرين ان اختيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لا يلزم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولمدة معلومة اية مدت كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي

ما في كره الخيار فانه يحمل العقد فيما شرط له الخيار وفي الحكم لا

ان لا يجوز خيار التعيين في الزيادة على الثلثة عندنا وفي يوسف لانه اخذ بالقياس
في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة
ايام تعليق فلا يثبت خيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه وارد فيخلاف خيار التعيين
فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار
الشرط وارد افيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة حتى اذا هلك لا
بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لان المعيب يمتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم
يتعين مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة ان قيل قد جعل الاخر لا يكون اقل
من المقبوض على سوم الشراء وهنا لو تجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض
على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يتفق الاخر للشراء وقد قبضه باذن
المالك فكان امانة قيل كيف انعكس حكم الحملة فيما اذا اطلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احد
عبديه فماتت احداهما فان الباقية تتعين للطلاق دون العتاق وكذلك في الصداق اجيب بان المرأة
اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والتوب اذا اشرف
عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه ثمن نصف كل واحد منهما
لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشائع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فينبت له
خيار الشرط وخيار التعيين ولا سوت على الايام فله ان يرد هما بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه
ابين في احدهما فيرده بحكم الامانة في الاخر مشترى قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت
الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي لخيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه
لانه عين المبيع فيه ولزمه موكان في الاخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام
الثلثة بطل خيار الشرط وبقي الوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما تقدم
من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هذا لعمري قوله من له الخيار هم
فايده قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا
قالوا وإليه اشار محمد في الماذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فجاز مع خيار البائع قياسا على خيار
الشرط وذكر في الجامع انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري كان فاسدا قياسا على خيار الحاجة الى
اختبار ما هو الارفق بحضرة من وقع الشراء وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار
الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع على المقتضى القياس ولم يذكره محمد لا في بيوع الاصل ولا في
الجامع الصغير ويتبين مما ذكرنا ان المبيع احد التوبين والاخر امانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة
ومن اشترى احد التوبين وقد اختلف فيه الجامع الصغير كما ذكره المصنف في بعضها اشترى كل واحد التوبين ولا
يحتاج الى معذرة وفي بعضها توبين وهو ما تثنيهما فخر الاسلام وقال في وجه الجواز ان كل واحد منهما انما احتمل
ان يكون مبيعا قال الاشتر توبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج
منهما اللولو والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان من احدهما قال ومن اشترى دارا على
انه بالخيار رجل اشترى دارا بالخيار الشرط فبيع دار اخر بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة

فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار
ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقدير يحتاج اليه المذهب
الى حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق
الشفعة واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان يأخذ بالشفعة ويسقط
بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار
في دار يريد ردها قال ثم الايمة اما وجوب الشفعة للشتري فواضح على مذهبهما لانه
مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك كيفية
لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارها
فانها تستحق الشفعة وان لم يملكها رقبة ودارها بخلافها اذا كان الخيار للبائع فان المشتري
لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم
يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي
قال واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلثة ايام فرضي احدهما
دون الاخر فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا له ان يرده وكذا اذا اشتراه
ورضي احدهما بعيب فيه وكذا لو اشتراه ولم يره شيئا ولهما ان اثبات الخيار لهما اثبات
الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه ابطال
حقه وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما الا ترى ان من وكل
وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الاخر وله ان المبيع خرج عن
ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان لا تجتمع عيب فان البائع قبل البيع كان
متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا بها يأة والخيار ربما ثبت نظرا
لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزيادة لان في امتناع الرد ضررا للراد
ايضا لكن لما كان من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل
من الغير اقطع والجمع من الحاصل بنفسه فان قبل بيعه منها رضي منه بعيب التبعيض اجيب بانه
ان سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله كان تفرق الملك
انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشترك اذا عيب المعقود عليه
في يد البائع ليس له ان يرده بحكم خياره لكن هذا العيب يعرض الزوال بمساعدة الاخر على الرد فاذا
امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار
لهما ليس من ارضا برد احدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما
لتصور الانفكاك بتصورا جماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضي برد احدهما قال
ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم
يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم
يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر

ان الشفعة بطلب الشفعة وطلب الشفعة
دليل على اختيار الملك ان طلب الشفعة
يثبت الملك الدفع ضرر الجوار والجوار يثبت
باستدامة الملك واستدامة الملك
تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار
فيسقط الخيار

ايضا

فان

فوا

عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع يثمر مقتضى خياره وانما افضت اليها لو قلنا بانبرام العقد ولم يقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشتراه بثوبا مشارا اليه غير معلوم عدده وذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان المبيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخا عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخا فسد واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك بقوله وكذا اذا قال تفويض على مسلمة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يزده ثم راه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله ليلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سؤال تقديره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان لحق الفسخ قبل الرؤية لانه فرع ثبوت الخيار له كما لا يخفى فيكون متعلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ علم انه عقد غير لازم لانه لم يقع متبرعا فجاز فسخه لو خاف الا ترى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لاشتراط ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي إلى بطلانه كما مر انفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار وهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ها هو شرط فلا يلزم من شرط للملزوم وقوله ولان الرضا بالشيء جواب اخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما بجملته غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بد له من انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلاله فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجارة وقال بعضهم يصح دون الاجارة وهو مختار المصنف قال ومن باع ما لم يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع وله الخيار اذا رآه عندنا وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بالمشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل والثمن تبع وخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وعندي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوال الا يمن جهة المبيع وثبوتا من جهة الثمن اذ تمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على ما قد يتفاوت لا يحصل بالعبارة فلم يكن

الرواية يقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط الا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك امارة فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لو جوعه على الصفة الثمن او الثمن كان ملاما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوتفزها اذا باع شاة على انها حامل او على انها حلوب كذا فان المبيع فيه وفي اشباهه فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يامره بالحلب والكابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا سبيل الى معرفة حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك وجب الخيار لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف الى الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها جعدة اذ الجعد والسبط لا يختلفان الا نوعا ما فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية فيفسد به العقد وان كان مما لا يوجب كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالبيع جايز معناه اذ يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذا وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك الجارية المنقبة فانه جايز عندنا وله الخيار اذا راه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغايب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو مال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جايزا اى بالاجماع قال الشافعي رحمه الله المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلعم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال علمك لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري اجماعا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جايز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم اذهب الى السوق فاشتريها فاسلمها اليه فقال

فائدة

بلغ مقابلة بخط الطاقي الى قوله اضافة منه من قبل اضافة الشيء الى طرفه ان الرؤية شرط لثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية

البايع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه
انه معلق بالشرا فلا بحث دونه كما تقدم فان قيل البايع مثل المشتري في الاحتياج لتمام
الرضا فلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه
كان يظنه خيرا مما اشتري فيرده كفوات الوصف المرغوب فيه والبايع لو رد لرد باعتبار
ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح له بثبت للبايع
خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قبل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر
وههنا وجد القياس على المشتري والجارين فيلحق من البايع واجيب بانه ثابت بالنص غير
معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على خلافه الاجماع باطل وبحكم حبر بن عثمان
وطلحه كان بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولم ينكر احد فكان اجماعا على ما ذكرنا في المتن فبطل
الالحاق ولا لتوقيتا سا ولهذا رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث وقال بخيار الرويه غير موقت
قيل خيار الرويه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرويه حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط
حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد
ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط
من تعيب او تصرف يبطل خيار الرويه ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك
ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك حالا لا يكون ذلك دليل
الاختيار والا لبطل فايدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقه بعد الامتحان فان
لزمه البيع بفعل ما يمتحن به اول مرة فات فايدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او امتحن
به لكنه لا يحل في غير الملك حالا او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانيه كان دليل الاختيار
فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل
في غير الملك في الجملة فاو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها
لحصول الامتحان بالاولى ولو وطيها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطي قد لا يعلم
بالنظر لكن لا يحل الوطي في غير الملك فكان لاختياره له قبل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احديها انه
لو اشترى دارا لم يدخلها فبعث بحبها دار فاخذها بالشفعه لم يبطل خيار الرويه في ظاهر
الروايه ويبطل خيار الشرط والثانيه اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا
يبطل خيار الرويه والمسئلتان في فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما ان خيار الرويه
لا يبطل بصريح الرضا قبل الرويه لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه فشمر
الاخذ بالشفعه والعرض على البيع دليل الرضا فذلك لا يعملان في ابطال خيار الرويه وفيه نظر لانه
ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل
خيار الرويه وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في البيع والاخذ
بالشفعه والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين نقض التصرف الذي يبطل خيار الرويه
على ضربين تصرف يبطل قبل الرويه وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرويه ويبطله بعدها فاما

الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار
الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك والملك
المتصرف في العين قائم فصار وصفا للحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فيتعذر الفسخ
ويبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو قبل الرهن او مضت
مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط فراه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين احدهما
ما ان قيل بطلان الخيار قبل الرويه مخالف بحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات اما ان
يكون بصريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرويه فكيف ابطلته واجيب عن
الاول بان ذاك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها قد
انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربوا
على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات
المذكورة والقول بصحتها مع انتفا اللازم محال واما الثاني فهو الذي يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرويه لا مدلا يربوا على صريح الرضا
اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرويه فدلالته اولى بعني اذا لم يكن من ضرورات الغير وبطله
بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون
شيا واحدا او اشيا متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لى فذلك اقسام ثلثة فان
كان الاول فليس رويته الجميع شرطا لبطلان خيار الرويه لان رويته الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان
عبدا او جارية فان في رويته جميع بدنها رويته عورتها وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او ما يشبهه
وفي الامة لو فسخ العقد بحيا بالرويه بعد رويته عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان
الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع
ثوبا مطويا فان البايع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطي فيكتفى برويه ما يدل على العلم
بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما
ذكره الكرخي فلا بد من رويه كل واحد لان رويه البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في احاده وان كان
الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض فيما سوى ما مال اليه المصنف يكتفى برويه
واحد منها لان رويه البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا
ان يكون الباقي مرجوحا من فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل
يعرف بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقيه الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا
كموضع العلم واذا نظر الى وجه العبد لا يبطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وسايرا لاعضا
تبع له الا ترى الى انه تفاوت للقيمه بتفاوت الوجه مع التساوي في سايرا لاعضا واذا نظر الى
الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف
رحمه الله وشرط بعضهم رويه القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي
المتفاوت في وعائن فراها في اعلاها فان كان ما في الاخر مثل ما راى او فوقه بطل الخيار وان كان

شبكة الألوكة www.alukah.net

دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لبلا تفرق الصفقه واذا اشترى شاة فاما ان يكون
للحم او للقنية اى للدر والنسل ففى الاول لابد من الجس لان المقصود انما يعرف به والثانى من رؤيه
الضرع وفى المطعومات لابد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود ق ـ ومن راى صحن الدار
فلا خيار له رؤيه صحن الدار وخارجها ورؤيه اشجار البستان من خارج فيسقط خيار الرؤيه لان
كل جزء من اجزائها متعذر الرؤيه كما تحت الستور وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ
سقط شرط رؤيه الكل فانما رؤيته ما هو المقصود من الدار مقام الكل فاذا كان فى الدار بيتان
متشويان وبيتان صيفيان يشترط رؤيه الكل كما يشترط رؤيه صحن الدار ولا يشترط رؤيه
المطبخ والمزبله والعلو الاتى بلد يكون العلو مقصودا كما فى سمرقند وقال زفر رحمه وهو قول
ابن ابى ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب اى القدورى على وفاق
عادتهم بالكوفه او بغداد فى الابنيه فانها تختلف بالضيق والسعه وفيما وراء ذلك يكون
بصفه واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريد به دورنا
فلا بد من الدخول فى داخل الدار المتفاوتة فى مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر
الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر ق ـ ونظر الوكيل لنظر المشترى قيل
صورة التوكيل ان يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة له
الارسال ان يقول كن رسولا عنى او ارسلتك او امرتك بقبضه قيل لا فرق بين الوكيل
والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذ انظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشترى
فلا يرده الا بعيب علما الوكيل اولم يعلم وقال ـ الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب ان
يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشترى فله ان يرده
عند ابى حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظر سواء فى عدم سقوط خيار
المشترى وله ان يرده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقه فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه
كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع
لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكيل اى قبل الوكاله بالقبض دون اسقاط الخيار ولما لم يتوكل
به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى
شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل عيبا رابيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى
بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه
مستورا ثم راه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل ابى حنيفة مبنى على معرفة
هل القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو براه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور وقوله
وهذا اشارة الى قبضه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقه ولا تتم الصفقه مع بقاء خيار
الرؤيه لان تمامها تناهيها فى اللزوم بحيث لا يرتد الا برضا او قضا وخيار الشرط والرؤيه يمنعان
عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملك بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند
اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم راه فاسقط

الخيار

الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فلم تساو الوكيل كالموكل فى القبض الناقص
لا يحاله اجاب المصنف بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى اجنبيا فلا
يملك اسقاطه وفى هذا الجواب تعرض للرد فيما سهما على الاسقاط القصدى والى رد قوله
دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم ولكن
اسقاط الخيار فى القبض التام يثبت للوكيل فى ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو راى قبل القبض لم
يسقط بالخيار بخلاف الموكل وكم من شئ ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثانى يمنع فان من توكل بشئ
توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما
فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقه حيث لا يرتد به الا برضا او بقضا ومالم يمنع تمام
الصفقه لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد العيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقه
لان تفريق الصفقه قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة ومن موضحات
ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبه بالجزء الفايت وذلك للموكل ولم يصر التوكيل
بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا
الخلاف ذكر القدورى ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو
على هذا الخلاف ولو سلم بقا الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لارتمامه بتمام الصفقه ولا تتم
الصفقه مع بقا خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار رؤيه والمقصود بالخيار لا يكون
الا بعد القبض فكذا وكيله وقيل بالتمام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقا الخيار ناقص
كما انه قبل الرؤيه ناقص والرسول ليس كالوكيل فان تمام ما ارسل اليه ليس اليه وانما اليه تبليغ الرساله
كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم ق ـ وبيع الاعمى وشراؤه جايز بيع الاعمى مطلقا
وشراؤه جايز عندنا وله الخيار وقال الشافعى ان كان بصيرا فعمى فلذلك الجواب وان كان
اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج لمعاملة الناس
العميان من غير نكير وتبان من اصله ان من لا يملك الشرا بنفسه لا يملك الامر به لغيره واذا احتاج الاعمى
الى ما ياكل ولا يتهنى من شرا الماكول ولا التوكيل به ما تجوعا وفيه من الضرر ما لا يخفى ولنا انه اشترى
ما لم يره ومن اشترى ما لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره
سلب وهو يقتضى قصور الايجاب وهو انما يكون فى البصير والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا
من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل فى الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره لمباشرة
ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه فخياره يسقط بحسه وان كان مما يعلم بالشم
فبشمه وبذوقه فى المذوقات واما اذا كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا فان خياره لا يسقط حتى
يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤيه كما فى السلم وقال بعض ائمة بلخ يمس الحايط والاشجار فاذا باشر
سبب العلم او وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروى عن ابى يوسف انه اذا وقف
فى مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضيت سقط خياره لان الشئ يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز
كتحريك الشفتين واجراء الموسى فى حلق الاصلع واطلاق الرواية تدل على انه يقول بذلك من

غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضيته لم يكن له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم لو وقف في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وبهذا احسن الاقاويل قال وبه ناخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه يقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصير فغمي عليه قبل الخيار ثم افاق الخيار من النظر الى الصفة لانه عجز وقد اعتوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد بمنزلة تغيره عما كان عليه بعد العقد قبل الرؤية قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما قد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الاحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منهما وعلى هذا اذا راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي راه وحده بل يردهما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ۞ ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة قبل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي عن الخبر واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب الخبر ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتوره احد العيبين او دبره والمطلق راجح وبانه محرم والحرم راجح على المبيح اولانه متاخر على المبيح ليلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد لما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك الموجود على الحالة الاولى قبل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروكا الظاهر ومثله مرجح والجواب ان النهي انما هو على التفريق والتقييد بما قبل التمام بالنهي على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد كما تقدم واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضا الآن في ما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملكا للبائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الانسان اجتمعت عيبا والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي كدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد في خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه شبيه وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا الوجه في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال ومن راى شيئا ثم اشتراه

بعد مدة ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبثبوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة وشبه احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي راه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان راه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وهنا لما كان المبيع مريا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لانه الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجد متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير والقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او نقد هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط الفاسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة المدعي العارض قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتاخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وعامة المشايخ وقالوا رايت لو كانت جاريه شابة راها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانها حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين قال ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزطي جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره فقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يرد وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ مان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رحمه الله ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

القول ۞

نور وجاهم

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبل اضافة الشئ الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اى سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عبد ابن خالد بن هوده عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العبد ابن خالد بن هوده عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء ما رواه الحسن عن ابي حنيفة المرض في الجوف والكبد والرية فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء يكون في الجوف والكبد والرية وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب انا نمنع الاطلاق بل ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الفائت وصف اذ العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصبع الزائدة والسن السوداء والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني وبالعكس لانه لا سبيل الى الاول والثاني ليلا يودي الى مزاحمة البيع الاصل فتعين الثالث قوله في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزوال دليل اخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان اي قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى في امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافٍ لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيبا فاذا هو تسليم البائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما او عدمه لهما والواجب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومما رستد طول زمانه فنزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر خلافه واما المشتري فانه ما رأى المبيع قبل الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدهما لا يرضا بالعيب دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المصنف ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان المقصود بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالمقرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من البصرة الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المالية في السفر وما دونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس بإباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدها فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه او من غيره فكذلك لا خلا لها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للاكل فان سرقها من مولاها ليس بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال الصغر فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا اختلف وكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء تختلف بالكبر والصغر على ما قال في الكتاب قال والجنون في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره برده وليس معناه ان المعاوده في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان اثاره لا يترتفع وذلك تبين في حمالية عينه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شئ والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاوده وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير قال والدفر والبخر عيب في الجارية الدفر رائحة موذيه بحي من الابط والدفر بالدال المهملة جذمة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال فما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء في نفسه يكون عيبا وكذا الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني يطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه وليسا مخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر منه ذلك على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر والنفور عن الصحبة تودي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد فاذا اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عند نا لانه زوال العيب وزوال الشئ لا يكون ايابا كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر

شبكة الألوكة www.alukah.net

للبراءة عن عيب الكفولا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف البيع لا محالة وقال الشافعي يرده بدلانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد اوسنتين فيما روي عن ابي حنيفة وزفر فانها لم تحض الحبل بها او الداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امراة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم فقيدنا بان يكون الدعوى قبل المدة المذكورة لانه اذا ادعى بعد مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض وعلى انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في اوانه والعادة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك الداء في باطنها والعيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان انكر البايع ذلك لا يرد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البايع فان نكل يرد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان ينفسخ بشهادتهن قال — واذا حدث عند المشتري عيب فانه اذا حدث عند المشتري عيب باقة سماوية وغيرها ثم اطلع على عيب كان عند البايع فلهان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او من اوبسدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البايع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرد طريق صالح للدفع فتعين تدفعا الا ان يرضا البايع ان ياخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان يرضى ان ياخذه بعيبه القديم فان قيل ابن قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر قال — ومن اشتري ثوبا فقطعه ومن اشتري ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البايع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البايع غرم كاسبا ليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب وكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبايع الفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري

لكن يتحمل بما باشره وكانا سواء فاعتبر ما هو النظر لهما الا اذا قال البايع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به وكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشتري بعيرا فحز فلما شق بطنه وجد العاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان الفساد للمالية لتعذر البعير به عرضه للتلف والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيحتمل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البايع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البايع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك الامكان رد المبيع واخذ الثمن لو لا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لته السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبايع ان يقول انا اخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد بالزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تحدث تبعا للاصل باعتبار انها تتولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمتنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة او المسوق الملتوت بالسمن بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون البيع قائما فيه على ملك المشتري يمكنه الرد برضا البايع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع فيه قائما ولا يمكنه الرد وان رضي بها البايع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعلى هذا اي على هذا الاصل قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه فلم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التملك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بفعل الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث والمشتري لا رجوع بالنقصان وللبايع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تملك صار حابسا للمبيع فمنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس يحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة

من المبيع ح

الثانيه ولو كان ولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطه امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزياده فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطه والصبغ والتلت وكذلك قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او ماته عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك انتهى به اى بتمام وكل انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار المشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزياده في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهه الربوا ورد بانه حينئذ يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزياده والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزياده لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكأنه في يده بجسمه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهى الملك لان الادمي وان قابل للملك في الاصل محلا للملك وانما يثبت بالملك فيه موقتا الى وقت العتق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اى جواز الرجوع بنقصان العيب عندنا لانه لان الشيء يتقرر بانتهائه فصل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا لا يرى ان لولاه ثبت بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان القتل الى تملك البايع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقدير الملك بحسب ما لم يكن كما نحن فيه وهاهنا الملك مستقر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه جبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفه رضي الله عنه انه يرجع فان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء وان قتله المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في البيوع قول محمد معه لان قتل الولي عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعتد به كالقصاص والدية فصار كالموت لمرض على فراشه وقد تقدم حكمه ووجه الظاهر ان القتل لا يوجب الا معصوما لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم هدر اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستحق بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم تعوده ومن اصل الشرع ان ما كان معسرا قد يخلف عن الضمان فلم يصر به مستغنيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى خرق لا يرجع عند ابي حنيفه استحسانا وعندهما يرجع لانه صح في المبيع ما يقصد لشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفه ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع

حتى لو انتهاء بتقرر كان للملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذكر ما ذكر فعل اذا امتناع الرد انما كان لتعلق حق الشرع به فلا وضمانه كالموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان

وقت ح

كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة وكذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام شيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان لاحدهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب في ما باع اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره فعلم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او خاويا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه فيما مال اذ المال ما يتمتع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس كذلك وينتقض من القيود لاضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا اصلحها لاكل بعض الناس او الدواب او وجده قليل اللب كان في حكم العيوب لامن الفساد وان تناول منه شيئا بعد ما علم صار راضيا واذا لم يكن ما لا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الموضح فربما يكون قشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب بمعونة ان يكون العقد صحيحا في القشر بحسبه لمصادفته المحل ويرجع على البايع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ما يبقى الجوز قبل الكسر لاعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا ان كان المبيع بيض النعام فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان ما لا يبقى بيض النعام قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان ما ينتفع به في الجملة لم يرده لتغيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي يرده لان الكسر بيان كان فيها حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لانه في ملك البايع لانه بالبيع لم يزل ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فاما لفساد اما ان يكون قليلا كالتين في الماء او كثيرا فما فوقه ففي الاول اجاز البيع استحسانا وليس لان ذلك صار مستهلكا بالبايع لاجله لانه عند الاقدام العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن قال ومن باع عبدا فباعه المشتري هو من باع عبدا فباعه المشتري ثم رد

فيجوز

ح بان يأكله الفار او يسلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث الا ان يتناول منه شيئا بعد العلم فلا يرجع بشيء وكذا قال الحلواني هذا اذا وجده كذلك فان تركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه يرجع

عليه بعيب فاما ان قبل بقضا القاضي او بقضا غيره فان كان الاول فاما ان يكون بالاقرار
ومعنى القضا في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك
فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا
الى القضا بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له ان يرده على بايعه لانه قاله واما ان
يكون بينة او بايمين وفي كل ذلك انه يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني
كالمعدوم والبيع الاول قايم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر والاشاره الى الجواب
زفر قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البايع الاول ان به عيبا لان كلامه مشتمل
ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام البيع لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضا القاضي
ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البايع باع ملك نفسه ثم رجع انسان
واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البايع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل اشارة
الى الجواب عما يقال اذا رد البيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن
فيه الرد على المشتري ليس ردا على البايع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على
الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرتد الاخر وان كان الثاني فليس له
ان يرده لانه اقاله وهو بيع جديد في حق الثالث والبيع الاول نالها هذا اذا رد المشتري الثاني
على الاول بعد التقابض اما اذا كان قبل التقابض فلا فرق بينهما كان الرد بقضا او بغيره لان الرد قبل
القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية وصح بذكر
وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالجمع الزايد ما والناقصة وفي عيب
يحدث مثله كالقروح والامراض سواء كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد
رده بغير قضا فله ان يرده على بايعه للتيقن بوجوده في يد البايع وهو الذي ذكر في بعض روايات
بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضا اقالة بعهد الرضا فيكون بمنزلة
بيع جديد في حق غيرهما وهو البايع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البايع الاول ليخلص
ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ٥ ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى العيب
على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري البينة فان حلف البايع ودفع اليه الثمن وان اقام
المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية الاجبار
اما يمين البايع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة
الى الثاني ليس صحيحا لان باقامة البينة لا يتهيأ عدم الاجبار لانه يتهيأ به واجابوا باوجه بانه من باب
علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام منتظما للفظ عام
يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم
الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها
انه بعضها طعمها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه
فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم

كنايه والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر
وجوب دفع الثمن يعلل لعدم الاجبار اي المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه
بدعوى العيب وانكار تعين الحق وانكار علته وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن ولا يسر لا
لتعين حق البايع بالمتعين للبيع حيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر عليه وجوب
دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي ما بينه
او يمين البايع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة
البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه سوى ما يوجب دفع وجوب
دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله ولانه لو قضي بالدفع دليل اخر يتضمن جواب
ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض مستحق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم
لا يعارض المحقق وتقرير ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره
صونا لقضائه عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضا فان
قال المشتري شهودي بالشام اذ الطلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي بعيب
استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا للبايع فان قيل في الزام المشتري
دفع الثمن ضرر لما يضا اجاب المصنف بقوله وليس في الدفع كبير ضرر به لانه على حجته يعني هو
يتسلل من اقامة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقا المشتري على حجته بطلان
قضا القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود
فكيف كان احدهما ضررا والاخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بادا اليمين
الى حين حضور الشهود مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم بجواز ان
يكون ذلك مما طاله فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البايع فنكل لزم العيب لان النكول
حجة بشبهة العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص لاجماع وعن النكول في الاشيا
الستة عند ابي حنيفة في ومن اشترى عبدا فادعى بايقا اذا ادعى المشتري بايق العبد المشتري
وكذبا البايع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده
دعواه وقال البايع هل عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه انلم يرض
الرضا او الابرا وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها
عليه رده عليه وانلم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يأبق عنده وانلم يحلف قبل اقامة المشتري
البينة لان القول وان كان قول البايع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري
لان الصلامة اصل والعيب عارض ومعروفة انما يكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة
انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البايع والثاني ان سلامة
الدين عن الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق بين فيما
نحن فيه وبين ما ادعى على اخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب
وانلم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان

العيب كان عند البايع لعدم تمكنه من تلك الاعادة فكانت من المدعي بعد الاعتاق
وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي
الى احياحقه لانه دينا لا يكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة
بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياحقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين
ويشاهد اثباته بالتعرف عن اثاره وان لم يعرف بالاثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء
والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلفنا البايع على السباب بالله لقد باعه
وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير
وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط والتحليف
بالله لقد باعه وما بعهذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد
وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما
به هذا العيب لانه يوهم بعلقة بالشرطين جميعا وجواز ان يكون يحدث العيب بعد البيع قبل
التسليم ويكون غرض البايع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجوده في احدهما يكون بارا
لان الكل شيء باعتبار جزء به يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تأويل
البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم كذلك بما ذكرنا ان شمل الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف
وقالوا انهم قالوا النظر للمشتري ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وذكروا لوجه المذكور ثم قالوا
والاصح عندي الاول لان البايع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب
سببا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقايل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما لا يحلفه
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيستاوله وقالوا
انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التحليف بهذا جايزا وهو
تناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل لا باق فعل الغير والتحليف
على فعل الغير انما يكون على العلم دون الشهادة فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو
تسليم المعقود عليه سليما كما الترمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي
يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على اثبات الاداء علمه بذلك لانه
يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع ما يعلم انه ابق عند المشتري هل له ذلك
او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره
الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوة معتبرة لانه يترتب عليها
البينة وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة رضي الله عنه على قوله
من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا نفع الدعوى الا من خصم ولا يصير
المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجزنا ولا نسلم ان كل ما يترتب
عليها البينة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة
والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد يقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف

خلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وان
يكون المشتري ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا
فشرعت لاثبات الخصام ولا يستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف نايبا للرد على الثبات
على ما تقدم قال المصنف ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان
الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ بما تقدم فاو حلف مطلقا كان تركا النظر في حق البايع لانه
اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب
للرد امتنع البايع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به قال
ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابضا وتفرقا بطل التبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري
بها عيبا فاراد البايع تحصيص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري
بعتها وحدها فالقول قول المشتري لان لا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه
اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت
مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا على مقدار
المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره فان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البايع قبضتهما وقال
المشتري ما قبضت الا احديهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول
قول القابض وههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد
عليه سبب مطلق للقبض قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وجل قال لآخر بعتك هذين
العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد العيب خاصة
بل يأخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تم بقبضها لما ان تصرف المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح
لعدم تمام الصفقة حينئذ وما يتم بقبضه الصفقة يقبض بعضه لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق
بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا
اختلفوا فيما اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام
المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة ووجهه
ان الصفقة تامة في حق المقبوض فيما لتظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة بالصفقة والاصح انه ليس له ذلك
لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فانه كبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يرزل بقبض بعض الثمن المتعلقة
بالكل اعتبار الاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق
بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي
فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد
تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم فيما قبض فيها

كون ٥

كذا ان التفريق بعد ملك الرقبة والتفريق من حقوق الرقبة تملك التفرق وتملك ايجاده ٥

على ما مر في خيار الرؤية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضى من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وبتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالايفاء كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يدهما او يمسكهما حتى لو كان البيع توأمين قد أتلف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة وله ولهذا ايضا ان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الاخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام ف ل ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون وما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشايخ خوفا اذا كان في وعائين فهو بمنزلة العبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد كالكر والقفيز ونحوهما واما الثاني فلان المالية والتقوم فيها باعتبار الاجتماع لان الجبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد ولا يلزمه ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احد الروايتين عن ابي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق لخيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره بالاجماع في المالية سواء ولهذا لا ينتفع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا ومسيس رده لان تعيين المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال تقديره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لانها تمت برضا العاقد برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا يعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد افتراق بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام الرضا العاقد لا المالك وهذا الى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتعرف الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء ضررها يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبض بعضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد

في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه لم يحدث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتتمته لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن وغيرهما اما في العيب فظاهر واما في الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له الخ رد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمها بعد القبض في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر وقال في المكيل والموزون رده كله ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض اخيارا له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فمداواة المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجة محمد رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستيفاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان تقييده وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها لرد ها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد اولا لان الركوب ضابط الرضا وهو احفظ لها من حدوث عيب اخر واما السقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لجزع من الشيء او لضعف او لكون العلف في يد ولي واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في يدين وركب كان الركوب رضا لان حمله حينئذ ممكن بدون الركوب ف ل ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسك ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وهذا على الخلاف اذا قتل سبب كان في يد البائع من القتل الرجم العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون المالية باقية فينعقد العقد فيه لانه يعتمد لكنه شعيب لان مباح الدم او الدم لا يشتري كالسالم لانه شدة من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فاتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يقتضي الى الوجوب والوجوب يقتضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله اولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصبه عبد فقتل العبد عند الغاصب رجلا عبدا فرد على المولى فانتقض منه في يده فان

الغاصب بضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البايع بكل الثمن اذا مانت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد من المشتري ولم نسلمها فنقول ثمة سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لانا في المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها هي المستحقة واما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق والبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البايع ثم سرق في يد المشتري فقطع لهما عند هما يرجع بالنقصان كما ذكرنا انفا وعند ابي حنيفة لا يرد الا برضا البايع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو اما ان قبله البايع كذلك او ان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البايع بربع الثمن لانها قطعت بالسرقتين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع على البايع فيقسم النصف عليهما نصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البايع لرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البايع فقبله البايع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل كما تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير الكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى ولكن ليس كلامنا الان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فحسبي ان يكفي شبهها بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لما مر انفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البايع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير ترجع البائعة وهو جمع بايع كالحاكة في جمع حايك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حين سلم بيعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري فيحمد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في العيب لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقولنا في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق

واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة كما لو

شبكة الألوكة www.alukah.net

الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لانسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد سلمنا ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب للوجود ثم يدخل فيه ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا والجواب عن قولهم ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة مطلقا غير مانع في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احترازا عما لو قال بعت هذا العين على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد لما فرغ من بيان البيع الصحيح عن الصحيح لعلة غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان شاملا للباطل وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شروط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا يفصل المسايل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغذو هو الذي مات حتف انفه والدم والخمر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا لعدم اصدار متمول له دين سماوي وانما قيدنا بهذا لغة لتخرج المخنوقة واشباهها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف الميتة لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق المسلمين ليلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانفراد هما في الجدل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين ليخرج اباثور لكنه خلاف ظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كما نه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فقابل الباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ اي بغير ضمان الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد بالباطل والباطل لما تاثير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض اخر شمل لابي يوسف لانه كالمقبوض على سوم الشراء وهو ان يستوي التمر ويقول اذهب بهذا فاني رضيت شراءه بعشرة اما اذا لم يستوي التمر فذهب فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر

بلغ مقابلة بحب الطاقة

كالمجوسية والمذبوحة في غير المسمى ح

هو استاذ شمس الايمة ابي بكر المعروف بخواهر زاده ق

لوجود صورة العلة هاهنا دون المقبوض على سوم الشراء وهذا الفتيا وكذلك هاهنا والمعوض على سوم الشراء

على ما بينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البايع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البايع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان شيئا لا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك جاز للمشتري وطي جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد وتحل الاكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب انما لم يحل وطيها واكله ولم تثبت الشفعة فيما ذكرت لانها لا تستغال بالوطي والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البايع على ذلك فيملك اليمين لعين واستدلوا بالمسايل المذكورة قالوا الوملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشتري دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان يأخذها بالشفعة لتقسخوا لو اشتري جارية بشراء فاسد وقبضها تقرر دها على البايع وجب عليها لاستبراء ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا او قبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقها او تسليطها على العتق لا يجوز مع علم بهذه الاحكام انه لملك العين واجابوا عن المسايل المذكورة بما ذكرنا قيل وهو الاصح واذا كان مفيد الملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه اي في المبيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان بيع هذه الاشياء باطل فكذا هذه الاشياء فانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يظن ما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال ولكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزز يقابله قيمة لان الشرع امر باهانته وتركه اعزازا له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لا محالة تجب في الذمة وانما المقصود في الخمر وفي جعله كذلك خلاف المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب يجعله مبيعا انما يقصد بملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلا يكون ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر بيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لانه مقايضة وفيها كل من العرضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة القيمة رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان فال

وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر فاسد اي باطل وانما فسره بذلك ليدل

فيملكه ويضمن بمثله ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بتقرير انه على الصحيح كما

كان ح

وما امر الشرع بتركه اعزازه فلا يكون مملوكا ومعزوزا فلا يكون متقوما وفي معزوزا اي يجعله ممتنعا بالعقد مقصودا

اعزاز ح

فسخ العقد لا ابطاله لان ابطاله لا يبقى الاخطاء المامور به

والمكاتب ح

يتوهم انه يفيد باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان
استحقاق العتق قد ثبت الى اخره وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع
منافاة لان استحقاقه عبارة عن جعله حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك
يبطلها واحد المنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها
فيلحق الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على جعله فلا
يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق
المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان
فكذلك سبب الحرية وهو البيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا
في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال
لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان
الاهلية فحتى يتعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فوجدت
الضرورة الى اضافة الملك بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخير الحكم الى ما بعد الموت وكذلك
بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق
اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الاخر واما
قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو
بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ يطل بيع القن المضموم اليه في البيع كالمضموم الى الحر الامر
بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية المبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء
باطل ابتداء وبقاء لحق الحرية لابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ويدل لهذا جاز بيع ام الولد والمدبر
والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء
لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصة من الثمن والبيع بالحصة بقابل جايز
بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم محليته لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء في

ولو رهن المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في
النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالنظير المار في التدبير وفي المطلق
خلاف الشافعي وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عندنا
حنيفة وقالا يجب عليه قيمتها وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر
روي المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فانتفت الرواية
عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا يقوم لما ليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب
في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول
في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا
للبيع انقدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لانها انه اي كل واحد من المدبر

وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال دفعا لفائدة اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعد ذلك الا ان اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال كما لـ

اما المقيد فجواز بيعه القاني كما لـ

وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما
يضم اليهما في البيع كما مر انفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشرا
فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب
كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا لانهما
بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وملك المضمون وابي حنيفة
ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام
الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل
لحقيقته قوله وليس دخولهما جوابا عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فايدة الدخول
لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عايدة الى غيره كالموت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك
بمستبعد بل هو نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبد امع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن
على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البايع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البايع فكذلك هذا
ق ـ ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد بيع السمك قبل ان يصطاد بيع مالم يملكه
البايع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الخطيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيره او كبيره لا يمكن
الاحتراز منها الا بتكليف واحتيال فان كانت كبيره لا يجوز لانه غير معقود والتسليم وان كانت صغيره
جاز لانه باع معقود والتسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرويه وانما قلنا في المآل ان السمك
يتعاوت خارج المآقصار كانه اشترى ما لم يرى قوله الا اذا اجتمعت استثنا من قوله جاز يعني
الخطيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل
فانه لا يجوز لعدم الملك وانما استثنا منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الخطيرة والمجتمع بنفسه
ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الخطيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه
فلا كالو باض الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز وكذا بشكل ما اذا عسل
النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اقصاله لكونه من غير ان يجرزه او ينمي له موضعا لان العسل اذا ذاك
قليل بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها
فانها ليست فيها على وجه القرار قال ـ وبيع الطير في الهوا بيع الطير على ثلثة اوجه الاول
بيعه في الهوا قبل ان يصطاد وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده
وهو ايضا لا يجوز لانه غير معقود والتسليم والثالث بيع طير يدفف ويجي كالحمام وهو ايضا لا يجوز في
الظاهر وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيارة في الهوا ان كان تجيء بعود الى بيته ويعتاد
على ذلك جاز بيعه وان لا فلا وكذا لا يجوز بيع الحمل لما بين ويجوز بيع الحمل والنتاج وهو حبل الحبلة
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر بمعنى نتجت الناقة بالضم ولكن اريد
به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا اي حبل سمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت
عليه التا شعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان بيع ما سوف يحمله الجنين اذ كان انثى وكانوا في
الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه

ثم اعلم ان قيمة المدبر ما اختلف المشايخ قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم قيمة القن وهذا غير سديد فانه ذكر في الزيادات في باب المدبر خصي مسلولة بعضو ما نقصه التدبير نصف القن فدل ان قيمة المدبر ليست قيمة القن وذكر شيخ الامام القاضي علي السغدي في فوايده قيمة المدبر ان منفعته الوطي والخدمة قيمة ام الولد قيمة القن ان منفعته الوطي والخدمة وقيمة المكاتب قيمة القن وذكر خواهر زاده في شرح كتاب البيوع في قيمة المدبر اختلاف المشايخ قال بعضهم نصف قيمة القن ان قل التدبير فنصف قيمة القن وان كثر فقيمة القن وقال بعضهم منفعته منفعة البيع وما بقيه منفعته الاجارة وما اشبهها وقد كان له فيه نوع منفعته وهو البيع وبقي المدبر مخدما فنصف قيمة القن وقال بعضهم منفعته منفعة الاجارة وما اشبهها وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الآخر هكذا في فتاوى الفقيه ابي الليث وبه يفتي وبعضهم قال قيمة الخدمة تطرح ويقوم المدبر بلا خدمة وما بقي فهو قيمته وهذا اعدل الاقاويل وعليه الفتوى ايضا لفظ الفتاوى الصغرى هو الصحيح وعليه الفتوى القاني

وكان ماء الحديقة اضاء هذا اصح قال قدر ما من وزقه والحمام اذا علم عدد ما وكان تسليمها حال بيعها القاني

ق ـــ في المغرب في الحديث نهي عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء ق ـــ واللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لمجهول لوجوه ثلثة للغرر الجواز ان يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهي عنه والنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبايع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البايع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لمجهول لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان ما يتحول بالحيوان فهو وصف بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه غير مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه يثبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوايم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركت اياما بقي الخيط اسفل مما في راسها الان والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف فان نموه من اسفل فاذا جز صار الصوف على ظهر الشاة ثم تركت حتى تمت فالمجزوز يبقى على راسه لانه في اصله فان قيل الفصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان الفصيل وان امكن وقوع النزاع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذا لم يعهد فيه القلع اي التتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروي عنه من جواز بيع الصوف على الظهر

ق ـــ وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا بعضه التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم لا بضرر لم يرد العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض ضرر كبيع عشر من نقرة فضة ونزاع من كرباس فان بيعه جايز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع قبل ان يتسلم المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البذر في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج البيع لانتفاء وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في نفسه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وامثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جايز اجيب بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد انما لا لتصحيح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وجب الحظ فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وفول فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله واما الجذع عين موجود اشارة الى اتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذ الغرض فيه والبزر والنوي ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب المبيع جايزا

وان

وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هنا لا معنى له اصلا لانه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم ق ـــ وضربة القانص القانص الصايد يقال قنص اذا اصاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطاير القاو منه نهي عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة القانص وهو الغواص على اللالي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيء ق ـــ وبيع المزابنة الوفي فيه والجر والرفع فيما تقدم جايز والمزابنة وهو بيع الثمر بالتمر كيلا المثلثة على النخل بتمر كيلا المثناة محذوفة مثل كيل ما على النخل من التمر رزا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الراس تمرا بل تمرا محذوفا كالذي يقابله من المحذوف لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة وبيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربا المحققة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالاخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق هو لان استدل بان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع التمر الذي على راس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق

واث

وانث في الضمير في قوله بخرصها على انه جمع التمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس الحقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتاويلها ان يهب الرجل تمرة نخله من بستانه لرجل فربما شق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد فيرخص له في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده ويقول ان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للمتحرز عن خلف الوعد واتفق الكل على ذلك كان فيما دون خمسة اوسق وظن الراوي ان الرخصة مقصورة عليها فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمرة ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث ابن رضي الله عنه بلفظ الاستثنا الا العرايا والاصل حمل الاستثنا على الحقيقة والاستثنا من البيع حقيقة بيع لوجوب دخول في المستثنا منه والجواب عن الاول ان القراين في النظم لا توجب القران في الحكم وعن الثاني انه

على ذلك التقدير بنا في قوله عليه السلام المشهور التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه
قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر وهو ان يقول بعتك من سلعتي هذه من ههنا الى ههنا بكذا
بمعنى استامها بيع الملامسة هو ان يتساوما الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون
ذلك ابتياعا لها وضي مالكها بذلك اولم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض الرجلان على السلعة
فيجب مالكها الزام المساوم له عليها ايها ينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه
وبيع القاء الحجر هو ان يتساوما الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب بشيء يباعها حصاة
عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة
والقاء الحجر ملحق بهما لا انه في معناها ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لاداية الى معنى
القمار لانه بمنزلة ان يقول البايع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته
بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع
الا ان يقول على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه
قال ولا يجوز بيع المرابي لانه يجوز بيع المرابي لا اجارتها والمراد به الكلاء هو ما ليس له
ساق من الحشيش كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلا وانما فسر المرابي
بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر الرعاء ولو لم يفسر بذلك
لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلا
او لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحوز فلانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله
صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى
شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بعضوها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من
الابار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له
ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه
حتى او بحشه فتدعه الي واتدعي اخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهر
واما اذا اشتبه صاحب الارض بالسقي ففيه لاختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل
ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان
الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلا فبقي على
الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة
والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة
ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجير المنافع
لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ
واللبن في استيجار الطين لكونه آلة للحصانة والطهارة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة
او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى ملك الاجر الاجرة بالقبض وينعقد عتقه فيها قال

ولا يجوز بيع الفحل قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز بيع الفحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا
اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستبقائه ما يحدث عنه وشرعا لعدم
ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه
من الهوام والعوام هي الخوافد من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير ارايت ان وجدتها
عيبا بكم يردها وفيه اشارة الى ان الفحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما يخرج
منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما سيحدث منه وهو
معدوم في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن الهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع
بهما في المال بالعيانهما وفيه بعد طرو وجهما بقوله بما يخرج منه واذا كان لا انتفاع بما يخرج فقبل خروجه
لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كواره بضم الكاف وكسرها وهو عسل النحل دون
سوى من طين فيها عسل مما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري
في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق
التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قاله وقد حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر
هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع والقياعة والنحل ليس
من حقوق العسل الا انه ذكره في جامعه هذا التعليل لعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز بيع دود
القز وبيضه وهو البزر الذي منه يكون الدود ولا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام
وبيضه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال وعند محمد جاز لكونه منتفعا
به ولامكان الضرورة في بيعه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر
منه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لامكان الضرورة ونقل عنه انه مع
ابي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى ان اباحنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده
اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه ما لا معذور
التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهوا وانما ذكرها هنا اتباعا لما ذكر القدوري
الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة فقال ولا يجوز بيع الابق الابق المطلق
لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر
وعن بيع العبد الابق ولانه غير مقدور التسليم والابق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا
في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه ممن يعلم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا
غير ابق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز فتصير قابضا عقيب الشرا
بالاتفاق وان ببضه للرد فاما ان يشهد على ذلك اولا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه
امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن
قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده بالغرور والملاك اما الغرور فلان المشتري لو امتنع
عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فان الضمان يثبت
الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني بان يصير قابضا لا بقبض

شبكة الألوكة www.alukah.net

غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كما نه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه اتفاقيا في حق المتعاقدين وغير معذور في التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الابق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو لا يلاقي النوي بالاباق بخلاف البيع فانه اثبات الملك ينافيه وروى عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لفيامه المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا اتى بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبعاضد الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم فحبس البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد ق ـــ ولا يبيع لبن امراة في قدح قيد بعوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ابان الحيوانات وفي القدح يجوز ففالانه لا يجوز بيعه في قدح ويجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جايز كسائر الالبان وعتب بقوله ظاهر احتراز عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الادمي اجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل بلا اثر سقط الضمان وكذا السهم اذا نبت قوله وهو اي الادمي بجميع اجزايه مكرم بجوز ان يكون دليلا اخر وتقريره ان الادمي بجميع اجزايه مكرم مضمون عن الاستدلال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مضمون عنا لابتذال ولا فرق في ظاهر الروايه بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزيها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل اي ومعناه انهما صفتان بتعاقبان على موضوع واحد فيهما ضدان واذا لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب ظاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا او في حالة الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني سلم لانه غذا في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا باللبن الجنس غالبا ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذا عند الضرورة وهي ليست بما يجوز بيعه ق ـــ ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين لا يجوز بيعه اهانة له وبجوزنا الانتفاع به

وان قال لا خذه هذا الرجل وهو عبده فبعه مني وصدقه الرجل بما قال فباعه المولى منه بيعه باطل كذا في اصل الجامع الصغير

ق

هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح المرتعد انفصاله ما عين القدح فليس قيد ابل سائر الاواني سواء هـ كاكي

لا يجوز ح

وعن العين ح

للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبايع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في المآفسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة والضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع في الماغير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان الاطلاق في الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الما لا ينجسه وكان المصنف اختار قول ابي يوسف حيث اخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان قال ق ـــ ولا يجوز بيع شعر الانسان بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذا النجس لا يتبرك به وجه الظاهر ان الادمي مكرم مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزايه مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك ويويد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصله والمستوصله والواصلة من تصل الشعر والمستوصله من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره الشرع اعزاز له فلا يجوز قضا يعمل اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بالبس كذلك اهانة له فلا يجوز لا فضا به سبل تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازها ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا يتجس بالموت فشعره وهو طاهر اولى وان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي يتجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا باس باتخاذ الغرابيل وهي ما يتخذ من الوبر ليميز به قرون الشاة في اصول شعرهن بالتكثير وفي ذا يتمشى بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روى عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات وذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم يزل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا الخ وهي تقتضي المشروعية قلنا ان لا جواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يقيده طاهر التدبير فتطلع عليه ولا باس بجيبها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تاثيره في ازالة الرطوبات كالخل في الخمر وللجلد يطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لاصالها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا بالخنزير وحرمة اللحم وغيرها قال لا يقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسايرالسباع قالوا لبيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كان فهو نجس لا يجوز بيعه قال ـــ واذا كان

هذا الحديث اخرجه الائمة الستة في كتبهم فابو داود في الترجل وابن ماجة في النكاح والباقون في البيوع كلهم عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ورسوله صلى الله عليه وسلم لعن الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة انتهى في المصفى استدل لنفاذ الحديث على منع بيع شعر الانسان والانتفاع به كذا ذكره الاتقاني

وهو غير ناجع

هذا القول

جلد الميتة بالدباغة وتقدم في الصلاة

السفل لرجل وعلوه لآخر اذا كان السفل لرجل وعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قالوا في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد احدهما بشرب ارض بثمن بعينه بالف واخر بشربها بالف ولم يذكرا الشرب لم يقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب والمالم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية لجهالة الا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا للارض او الجهالة باعتبار التبعية قال — وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر وان لا قدر بعض ما بين الدار القعلى وهو مشاع محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز لجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغل الماء والثاني لاخراج بيع رقبته من حيث انه تعرفانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضيخان وهذا احد محتملي المسئلة وبيع حق المرور وهو حق الطريق دون رقبة الارض جائز فيما روايتان ابن سماعة وجعل في القسمة بحق المرور وسطا من الثمن حتى قالوا دارين بجنبي احداهما طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فاذا باعوا الدار والطريق بوضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الثمن واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فجعل حق المرور وسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التبسيل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملهما الاخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر انفا وان كان المحتمل الثاني على رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او الارض والاول حق التعلي وهو لين مال ولا متعلق به كونه مجهولا لاختلاف التسيل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة تجيء ان بيع حق المرور تجيء الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي تعلق بعين لاسئ وهو البناء فاشبه المنافع ولا يعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين مبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بعين وفيه نظر لان السكنى للدار متلاحق يتعلق بعين مبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال — ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لتخلل التفاوت بينهما وقد يكونان

جنسا واحدا للغلمة فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت والاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لها الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان للاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوداري بكسر الواو وفتحها الثوب منسوب الى الوداري قرية بسمرقند والدندنجي ثوب منسوب الى دندنه قرية بخارا جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى بيع ذكر فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني ادم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل باعتدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فالتسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة والابلغ في التعريف اقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه ويعتد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا التسمية لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد فاذا باع كبشا فاذا هي نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معروفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصارت كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تفسيد بكونه انقص لان الظاهر ان صفة الخير لا يوا على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص من المشروط الغاية كان له الخيار وان كان زايدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خياز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خيروان وجد احد عشر فهوله بلا خيار قال — ومن اشترى جارية بالف درهم من باع بخمسمايه قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي وهو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا مع صاحبه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو امن اوجه اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص اخر والثاني جايز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او بالاكثر والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقساميه جايز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه والشافعي جوزه بناء على الاقسام الباقية ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة عن هبيرة عن علي رضي الله

وقد يكون الذكر والانثى من بني ادم جنسين لتفاوت الاغراض والحق معهم لان اختلاف المقاصد الخواص لا يأتي من اختلاف المادة ثم ان اعتبار اصل المادة ينفي ان يكون الفرس والبغل جنسين لاتحاد مادتهما وهي النطفة

وهو الصحيح لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط

وفي بعض الحواشي ما لا كثير من مشايخنا كالكرخي والزعفراني والصفار الى القول الشافعي وهذه المسئلة والعباس ما قال في كتب عندي ولكن ما وجدته في

عنها ان امراة سالتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء لم تعنها منه فسماية قبل محل الاجل فقالت عايشة بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيدا ابن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فقالت ايدين ارقم معتذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء سيا شرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع الرسول واحزية الافعال لا يعلم الا بالرأي فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان بعضهم يحالف بعضا وما كان احدهما يعتذر لصاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت في مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك كرهت العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع عرايه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانها نظرت الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان فلا وتها اية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالدة بالبيع فانه جايز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل للتفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو مال الممنوع لم يدخل في ضمان البايع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسماية بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبايع وبخلاف ما اذا اشتراه البايع بواسطة مشتر اخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان للاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى بالكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفايت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشتري بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قيل سا وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانها من حيث التسمية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح ومن اشترى جارية بخمسماية ثم باعها من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البايع وبيانه ما قال لانه لا يمكن جعل بعض الثمن بمقابلة التي اشتراها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده ويوفق بما اذا باعهما بالف وخمسماية فان البيع جايز كما ذكره الطحاوي في الاتقان من ائمتنا الاعلام ولو كان فاسدا في المسئلة الموضوعة في الكتاب للما ذكرنا لما فسد البيع لان عند الائمة يصيب كل واحد منهما الكثر من خمسماية فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الحرام فهو بيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلها الفا واحدة جاز وهلم جرا وليس البعض بالجعل

حاشية: ابطال الجهاد لا يرضى الله به لو توقف ان شيأ من العاصي دون الكفر لا يحل العطاء يحمل على الجماع فمن رسول الله صلى الله عليه وسلم الاتقاني

عليه اولى من البعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا يكون صحيحة على انه معارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائه وما يساويه وثلثمائه او اقل او اكثر فتعذر جهة الجواز ولئن سلمنا البعض اولى وبان كل جهة تصلح ان يكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز اولى من ترجيح علتها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال جهة الجواز تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد من ملك الى غير المشراة لان الفساد ضعيف فيها لامورا مالانه مختلف فيه كخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظرا ما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان خلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان اباحنيفة ابطل اسلام التوءمين في التوءمين والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم توءمين في توءمين جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام التوءمين في المروي واما لان الفساد في المشراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة وهي غير معتبره وبيان ان في المشراة شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى ما لم يصح شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجبت للبايع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسماية من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما لان الفساد طارئ لوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذا لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك تقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فتفسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدى الى الاخر ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل واحد منهما شرط لصحة العقد في الاخر والبيع جايز في العبد لان شمس الايمة قال في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لحق فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخر والثاني المقاصة فانه لو باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسماية تقاصا بخمسماية مثلها بقي للبايع خمسماية اخرى مع الجارية المقاصة عقيب وجوب الثمن على البايع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طروه فلا يسري الى غيرها

ق ـــ ومن اشترى شيئا على انه يزنه بظرفه اشترى شيئا على انه يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشتراه على ان يزنه ويطرح بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه ق ـــ ومن اشترى سمنا في زق ه وهي اشترا اسمنا في زق ورد الظرف فوزن في عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق ه

وجهالة الفساد تقتضيه ع

وكل شرط وافق مقتضى العقد كشرط تسليم المبيع وايفاء الثمن والقبض فاذا شاول الزيج يكون موافقا للعقد فهو في هذا الباب

المعوض او في مقدار الثمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في حقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لا اختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه موجب اذا كان بعقد او هذا اضمني لو قوعه في ضمن الاختلاف في الرق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدع عقدا اخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الرق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجب

ف ـــ واذا اسر المسلم نصرانيا او اسر المسلم نصرانيا بيع خمرا وشرابها فعمل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلا لا يبيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسيه ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به قال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني في ذلك والثاني اهلية ثبوت الحكم لمو للموكل ذلك حكما للعقد ليلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الاتري الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الورثة امروا بالتوكيل اختيارا فاني بنفسها لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقيق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت والارث الا ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه حالب لاسالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة وقولها الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل اخر بشرائه فانه يثبت الملك للموكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء نفسه وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير لحقه ذمي اخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع فان حقوق العقد في النكاح يرجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير ق ـــ ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا للفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم الى ما يتنافيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه فمتى اتصل بالاول جاز البيع والشرط مثل بيع وكالة لانه

الى الحر

على الصلاة والسلام والحجاج ... من ... والله اعلم

ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يبقي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا اتفاقا لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لا يقال لا تطلق الزيادة الا على الجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانهما لما جاز اخذ العوض عليه وعلم ان العوض عنه يقضي في العقد فكان ربوا وانه يقع بسبب المنازعة فيعود العقد المقصود من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يجيد ان لا قتل ولده الا بيدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد العاقدين فهو فاسد بالوصفين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب لاحد بهذا الشرط فلا يودي الى الربوا ولان المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في اخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب ان المعتبر بالمطالبة وهو يتوجه المنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضية الاطلاق في الصرف والجبر لا الالزام حتما والشروط تنتفي لانتفاء حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط الاولي بالحمل من الاخر فتحاذينا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى الوجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا وخلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد شمة وفسره في البسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيفان كان تفسيره عند الشافعي كما ذكره المصنف صح قوله نقيسه لانهما غيران فيصح قياس احدهما على الاخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في البسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف نقيسه فيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد شمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة قال ان شئت عددتها لاهلك يعني واعتقك فرضيت بذلك فاشتريها واعتقتها وانما اشترطها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب

شبكة الألوكة www.alukah.net

عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير التسمية ما ذكرنا وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعايشة اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها التسمية من قسم البرع وسميت بها النفر وانتصاب قوله تسمية على الحال على معنى معروضا للعتق وانما صححنا هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم للحر بعرض العتق فجعلت معاملة الاسما المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجب عليها القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا كما اذا تلف بوجه اخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط او لم يف لانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث دلالته لا يمكن العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والمملوك شيء مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فيما لنظر للجهتين توقفت الحال بين بقايه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جايزا بوجود الشرط فاذا وجد تقرر حكمه فتقرر بعض جانب الجواز عملا بالدليلين وتامل حق التامل تخلص من ورطة شبهة لا يكاد يخلو عنها ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد ليلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان المعتقد به في الابتداء جايزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جايز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتدا عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفا عملا بالحكم والمعنى ولم يكن لانا لم نحكم بجواز العدم تحقق الشرط فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا يتم بها بيقين لاحتمال قضا القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخيرة في الاجازة والابقا انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال — وكذا اذا باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا البيع بهذا الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان تعرضها المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الجارية على ان تعرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم تلزم الاجنبي لانها عن المشتري لانها ليست في ذمته فهي تحملها الكفيل لانه زيادة في الثمن لانه لم يقل علي او في ضماني بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن قال — ومن باع عبدا على ان لا يسلمها البايع اشهرا لاجل في البيع العين باطل لانه اضافه الى التحصيل الحاصل فانه شيء ترتبها في تحصيلها باسباع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفيد للحاجة الى التحصيل قال — ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلثة اقسام الاول لما فسد فيه العقد والاستثنا والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثنا والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فكما لو باع الجارية

فاسدا وقع الابتداء

بشرط فاسد او وجدنا فاسدا تنقلب جايزا كالبيع بالرقم على خلاف ما اذا ألقوه لوجه آخر فانه لم تنقلب جايزا اصح

انما احرز البيان بالحديث عن الدليل المعارض وهو قوله ﷺ لا يحل بيع وشرط لان العقد لتعارضهما وتساقطهما بقي العقد خاليا عن الشرط فصح لدلالة الجواز وهذا ظاهر

ق

والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او اجره داره على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثنا يصير شرطا فاسدا فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناوه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناوله فلا يكون استثناه على خلاف الموجب للاستثنا على ان المستثنى مقصود ولانه العقد على ان الحمل تابع فصير ذكره شرطا فاسدا قوله غير ان الفساد في الكتابة استثنا من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كما لكتابة به على الخمر او على الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل اما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفه فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح الا بدل محلوم ويحتمل الفسخ ابتداء ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحق بالبيع في شرط يمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة باعتبار اقصايه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للعمر حتى يصير لورثته الموهوب له لو رثته العمرى اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثنا واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى يبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثنا فلما ذكرنا ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه يمن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر تميم الخدمة على قول المذكور واعترض على قوله الاصل فيه ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناوه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناوه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناوها واجيب بان هذا العكس غير لازم وبتقدير تسليم ان الوصية عقد لا يريد انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطلقا ولقايل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثنا الحمل حيث جعلتم الاستثنا في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم يعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثنا الخدمة مع افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثنا يقتضي مع الاستثنا فوات شيء اما صلة ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصح كالخدمة منعناه قال — ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع قدر تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال — ومن باع صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتان في صفقة وكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هنا

لان الفساد

صحح

بقا المستثنى لوارث ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

صفقتين لان فيه احتمال الجارية والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال
ومن اشترى نعلا حذ النعل بالمثال قطعها به فهو تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ القدم هو
الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو شيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى
صرما وشرط ان يخرزه او نعلا على ان يشركه البايع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس
لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس يأبى جواز استيجار الصباغ كصبغ الثوب لان الاجارة عقد
على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جوازا لاستتباع
والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف
وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسدة اذ لم يعرف المتبايعان مقداره
ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لانها منا المبايعة على المماكسة اي المحاداة في الثمن
والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها تفسد
البيع وانكانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد
ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما قال ويجوز
البيع الى موسم الحاج الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع والدياس ان يوطى المحصود بقوائم
الدواب من الدوس وهو شدة وطي الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم
والفتح فيه لغة والجز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذا
الاوقات غير جايز للجهالة المفضية الى النزاع بعد هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه
الاوقات جايزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان
تكفل بما داينه على فلان في وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فيها فعايشة كانت تجوز البيع الى العطا وان احتمل التقدم والتاخر لكونها
يسيرة وابن عباس منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم
والتاخر والفاحشة ما كان في الوجود، كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن
لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى
اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص بدون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو
افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا الى اجل الثمن الى هذه
الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه لكونها فيه بمنزلة الكفالة لعدم افضائه على
المماكسة ولا كذلك اشتراط الحمل في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال
اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجز ثم تراضيا باسقاط الاجل
قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جايزا خلافا لزفر هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جايزا
كاسقاط الاجل في الكتابة يعني على اصلكم واما على قول زفر فالنكاح الى اجل جايز والشرط باطل كما
تقدم في النكاح هذا استدلال من جانب زفر بما يقبل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير

ولا يجوز

وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع
المفسد قبل تقرره فيعود جايزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يعيد سقوطها
كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زايد وهو
الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكر لان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بانه
اذا نكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا ينقلب جايزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع
الى ان يهب الريح ثم اسقطا الاجل ينقلب جايزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط
وهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم ينقلب صلاته جايزة وعن
الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه
قوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس مفروض على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد
قد ينقلب جايزا قبل تقرر المفسد ولم يقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة وهي
عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقول في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لان
من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن
او لم يفصل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما
بالف كل واحد منهما بخمسمايه جاز العقد في العبد والذكيه وان جمع بين عبده ومدبره وبين عبده ومبعضه
صح العقد في البيع بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر او في الجميع
جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد
فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي كبيع الخل مع المدبر اجيب بانه ليس مجتهدا فيه عندنا بين
لما تقدم الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله
لا ينفذ قضاؤه فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر رحمه الله الاعتبار بالفصل الاول يعني
الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحليه في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا سمى لكل ثمنا ان
الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون
الثمن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد
مجهول ولابي حنيفة رضي الله عنه وهو الفصل بين الحر والمدبر مع الثمن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه
ليس بمال والبيعة صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر واذا كان
كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه
بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في
الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين هو
او المعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا
يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح
الايجاب فيهما ليلا يتضرر البايع بقبول العقد في احدهما دون الاخر ولم يوجد فيما نحن فيه كما لو جمع بين

العبد م

تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم او باعها وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل مع كان كذلك ضد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي دافعا عن ذلك لان النهي تقرر المشروعية عندنا لاقتضاء التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مسلطا بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه فصل البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك لكن لا بد فيه من فتح مقتضى النهي جعلناه في وصف مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالجمعين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه لا تعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في التنازع فيه فامر من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي التنازع في الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لعينه في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاور جمعا والمتصل وصفا شيا ما في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد مشتركان في عدم البطلان طالع التقرير فتطلع على ذلك قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البايع تسليم المبيع لانها من موجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الدفع بالاسترداد اذ لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الدفع بالامتناع عن مطالبة احرا لمتعاقدين اولا لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم ثم الدفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفده الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك قبل القبض يمنع بعد سقوط الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزام ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء مع غيره لان الشرط اهدر الغير اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل للملك من المضمون له الى القاضي لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها قوله ولان السبب دليل اخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجه ان السبب يعني في البيع الفاسد قد ضعف لكان اقترانه بالفسخ فيشترط انعقاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض يشبهها بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فيتوقف الحكم في احد البدلين على القبض وقوله والمنة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالمنفعة وتقريره ان المنة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان متمولا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجنا معنى في اوايل البيع الفاسد واراد به ما قاله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل فلا يلزم من بطلان البيع فيما اذا

العبد والمدبر واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر البيع او الشراء وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فانه اذا باعهما بالف والحر لين بمال تقابله بدل فكانا نعقال بعت هذا العبد بخمسمايه على ان تسلم الي خمسمايه اخرى فينتفع بفصل حال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا اصح فيها صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ولم جواب سر فر عن التوجيه بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقولنا اما البيع في هو متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بها اولا المدبر والمكاتب وام الولد وتبعيد الغير فانه دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا يتعذر جوازان يكون توضيحا لقوله موقوفة فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضا القاضي وكذا اذا اقتضى القاضي بجواز بيع ام الولد تعذر عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لهما بنا على ان الاجماع الذي حتى يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضا على خلاف الاجماع فلا تعذر وعندهما لا يرفع فيكون القضا في فصل مجتهد فيه يتعذر وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وسيء ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجارة توقفا القاضي لا يفيد في غير محله واذا افاد ههنا عرفنا الحالية فيها ولا يحل البيع الا بتمام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكانا لوجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك يستحقانه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم رد والبيع وهذا ابلغ الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقا فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن شرعا فلم يمنع من الصحة وهذا الى الجمع بين الفن ولحد المذكورين لا يكون شرط القبول في غير البيع ولا سعاية ابتدا بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه اي فيما اذا اجمع بين القن والمدبر فصل في احكامه واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار كما مر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع يعني باذنه وفي العقد عوضان ما لان ملك المبيع ولزمته القيمة وذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيا وان اتصل به القبض وامر البايع يعني به الاذن في القبض ثم سواء كان صريحا او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البايع فان لم يكن بحضرة البايع لم يملكه بخلاف الصحيح فانه يفيده مطلقا وقيدان يكون في العقد عوضان ما لان لفايدة سيذكرها وقيد له ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا سال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي في المشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذا النهي يقتضي القبح والمشروعية

غيره

وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد

كان الخمر متمنا بطلان البيع في المتنازع فيه ونفي أحراي دليل اخر سوى ما ذكرنا هناك
وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لان عين الخمر ان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا
بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ثمنا لان كل عين تقابله الدرهم او الدنانير في البيع
فهو ثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة شرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة لكن صور البياعات
فالقول به تغير للشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة
الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا ه
وقوله هو الصحيح اختيار لما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه
بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع
تسليط منه على المقبوض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان حكم التسليط السابق ه
فيكفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج
الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على
القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي وهو
التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فاسدا فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان
التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض ركن في باب
الهبة وانما ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط الذي هو
يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضا ان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الخمر ويجعل
الكلام باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جمهة الائمة ليعلم انها
اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري لو مستقيمة معناه اذا كان
المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات ه
والموزونات والعدديات المتقاربة فهي المثلية لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم
في الغصب كذلك بناء على ان المثلي صورة ومعنى اعدل من المثلي معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع
رفعا للفساد سواء كان قبل القبض او بعده لنا اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان
الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي في
احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زايد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين
والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه
عند ابي حنيفة ومحمد لقوة الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك
اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي لم الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع
في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل سطب في شرح الجامع
قبل المذكور في الكتاب قوله رحمه الله ووجهه ما ذكران العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون

خلاف ما اذا وهب

لاحد حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي
حنيفة وابي يوسف فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى
اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في
الايضاح والذخيرة والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه
ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض
كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولا لم يحل اكله ولو كان
جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا
نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك فذكر ما يشمل الاباحة
الحلواني يكره الوطء ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطء
مما لا يستباح بتصريح التسليط فبدلالة اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو
يتمثل عن صحة الحل واذا كان البيع فاسدا سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري
الثاني بالبيع الثاني ولان البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد تقدم حق العبد
لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق
استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد
فكان ذلك كحكما واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف ينفسخ بالاعذار وفيها وهو
الشراء عذر في فسخها كما ياتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها
والتزويج يشبه الاجارة لورود ه على المنفعة والبيع ورد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق
حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قايم وعن الثاني بان ملك الوارث
في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل
الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا
بخلاف ما اذا اوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى
له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم
عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان تقدم حق العبد منصوص
بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان
الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه والترجيح فانه انما يصار
اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل اخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع
الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني
مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله
ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل تسليط من جهة البائع دليل اخر على ذلك ومعناه
ان البيع الثاني حصل تسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض حاتم من
جهته وذلك باطل ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض حاتم من جهته والجواب

ومعنى ذلك ان الفعل ان تعرف الشرع وان كان ناقدا
يكره ومصحح الكرخي في مختصره وذلك لان اعلام الفساد واجب
مستحق حقا لله تعالى فيؤدي الى تقرير الفساد
والتصرف فيه تقرير الفساد ه
ق

انا لا يتم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فابن التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمتقرر واذا تقرر تقدم واذا لم يكن ذلك الا بعد اخذ الثمن فيكون الاسترداد نقضا لتمام من جهته فوقه بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نفض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن الشفيع ان نقضها وجه الجواب حاقال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في الشروع فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلة ما هو مرجح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تحول الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لتمام من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك

قال ومن اشترى عبدا بجد او خمر من قبضه ومن اشترى عبدا بجد او خمر بر فعتقه باذن البائع والعتق او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركها او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة واما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر انفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن كغير البيع لانها لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كما كتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصها في عود الاسترداد زيادة فايدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى ورد البيع بعيب قبل القضا بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبايع ولاية الاسترداد كما عاد قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضا بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا اقتضى على الغاصب بقيمة المغصوب الابق ثم عاد وقوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكر انفا تفسيخ بالاعذار ودفع الفساد من قوله الاعذار ولانها تعقد شيا فشيا فيكون الرد احداثا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البايع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ الثمن من البايع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه اخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا الثمن مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه تقدم عليه حال حيوته لما تقدم من ان المشتري حق منع البايع من المبيع الى ان ياخذ ما اداه اليه وكل من تقدم

عليه حال حيوته تقدم على غرمايه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرما فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرما حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن عاجلة اخذها بعينها لان فيه تعيين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تعيين والفرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان بما ذكر المصنف ان الثمن في يد البايع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة يتعين الرد بحكم ردعينها اذا كانت قايمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك

وذكر في الفوايد الظهيرية ان البيع بباع بحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرما كما في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا بيعا فاسدا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البنا ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وقد مر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله اخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع لانه محتاج فيه الى القضا او الرضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البيع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل شيء فالاقوى لا يبطل به وهو دين وحق الشفيع لا يبطل بالبنا والغرس فحق البايع كذلك ولابي حنيفة ان البنا والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وجد منه المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من اخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البايع لوجوده منه وهذا التقرير يبتنيك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في لحمة قيل وانما ادخله مها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البنا والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان بلحمته بالبيع لكونه منهيا مقررا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لانقطاع حق البايع في الاسترداد بالبنا لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بنا المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البنا لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقض حق البايع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا تؤمل ما ذكر فليس بوارد اذ البايع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه بمن ليس مسلطا نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا انتقض البنا لحق الشفيع وجب عود حق البايع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفا المانع وهو البنا كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ واجب بوجود مانع اخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع اخر في الاسترداد

شبكة الألوكة www.alukah.net

وهذا لان النقض انما وجب ضرورة اثبات حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم
الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب
القسمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رضي
الله عنه لانه في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبناء فيها او
غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وجه قولهما ان الشفعة مبنية على انقطاع حق البايع في الاسترداد
بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البايع ومن قال بانتفائه
قال بعدم انقطاع حق البايع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب
ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البايع في الاسترداد فلم يبق الشك
الا في روايته عنه لمحمد رحمه الله قال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي
جرت المجاورة فيها بين ابي حنيفة ومحمد قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة انه يأخذ
قيمها وانما رويت لكن ان نقض بانيا وقال لمحمد بل رويتي عنه انه يأخذ قيمها وهذا
كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم ينقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت
وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد كرر المصنف قوله شك يعقوب في الرواية
وفي كلامه نوع انقلاب لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا
اذا اريد بالجامع الصغير المسايل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد قال ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم
والدنانير ونوع يتعين كذلك فيها والحيث ايضا على نوعين حيث لفساد الملك وحيث لعدم
الملك فاما الاول فانه يورث فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يورث فيهما جميعا واذا
ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان
اشترى البايع بالثمن شيا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق
العقد بها ويورث الحيث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يورث الحيث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها
وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البايع غيرها لما ان
الثمن بحت في ذمة المشتري لا تعين على تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما
يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي قدمت انها تتعين في البيع
الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها وربح فيها او غصب
دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة
ومحمد لان الحيث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رحمه الله
طاب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة
لعدم جوازه لاستدلال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا

والراوي في الجامع الصغير

اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها وتقدمها او اشار اليها وتقدم غيرها فان
كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع شهة الواقع عليها وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث
تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير
لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فوجب
التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلبت حقيقة
الخبث وهي التي يكون فيها تعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه
بل بما له فيه شايبة ملك وشبهة خبث وهي التي تكون فيها لا يتعين يترك الى شبهة الشبهة لان
تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن الذين كانا شبهة حبث لحصولها بمال الغير من كل وجه لم يوجد ذلك
بل بما له فيه شايبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والربيه والربيه هي الشبهة وهو دليل ان الشبهة معتبرة واما ان
الشبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الربيه بالشبهة لا غير واما
اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الربيه فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة
الشبهة لو اعتبرت لا عتبرت مادونها ايضا دفعا للحكم لكن لا يصح اعتباره ليلا يسد باب التجارة
اذ قل ما يخلو عن شبهة شبهة بشبهة فادونها قالوا وكذلك اذا ادعى رجل قال لاخر لي عليك الف
درهم فاقتضاها قضاها ثم تقاضاها ثم قال انه لم يكن علي شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح
ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لا لان الدين ثبت بالشبهة يدعوك المدعي وادا المدعى
عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما تقاضاها انه لم يكن استحق
المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان مما يتعين
كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقها استحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق
مملوكا لما نفذ لاستناده في غير الملك بالفرض فاذا كان مما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك لان
قصد في مقابلة بدله فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قيل المكروه اذا في درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه
فلذلك الحق به واخوته ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان النهي اذا كان لا لمعنى مجاور
كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن لا يريد الشراء لتروج غيره ويجري
في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك انتفاع رجل
فيه بازدياد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان
الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بما نقص من ثمنها فزاده شخصا لا يريد الشراء الى ان بلغ تمام
قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على
اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نهي في معنى النهي فيفيد الشرع به وصورته ان يساوم الرجلان
على السلعة والبايع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل الضرر على سومه فانه يجوز

لعله يتزل

كان مر

لع مقابله بحب الطاقه

شبكة الألوكة www.alukah.net

لكنه يكره لاستلزامه على الاحتكار والاضرار وهما متحققان بتلقان عن البيع فكان مكروها اذا احتج البائع الى البيع لما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح اما اذا لم يحتج فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب اي ونهى عليه السلام عن تلقا الجلب اي الجلوب وصورته اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع ودخله المصر فيبيعه على ما اراده فذلك لا يخلو اما ان يضروا باهل البلد اولا والثاني لا يخلو من ان يلبس المشتري على الوارد بن اولا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار فتح التضييق المجاور المتفكر وان كان الثاني وقد لبس المشتري على الوارد بن فقد غرر وضر وهو قبيح فهو مكروه والا فلا باس بذلك قال وبيع الحاضر للبادي اي ونهى عليه السلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه السلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر يتضرر اهل البادية بثمن غال فلا غلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا يكون اللام في الباد بمعنى من وقيل صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية لتعالى في القيمة قال والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسمية منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله ثم فيه بيان التي الجاور فان البيع قد يحل واجب السعي اذا قعدا او وقفا يبتاعان واما اذا ابتاعا ماشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال كل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفاسد ايما التي في امر خارج زايد اي مجاور وليس في صلب العقد لا في شرايط الصحة وتفسير بيع من يزيد ومارو انس قد مر انفا نوع منه اي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه من ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر كزوج له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة قوله وهب معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام ووهب النبي عليه السلام لعلي اللام لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقال ادرك ادرك وروي اردد اردد ووجها لاستدلال بالاول هو الوعيد والثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد هما للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقبل بكراهة البيع لاقتضائه حل التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز ان يبيع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه تؤكد الموجة على الصغار وقد اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها ان كان المراد بتركه الموجة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد تركه الموجة وذلك سوعد بقوله عليه السلام من لم يرحم

صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعيا للآخر او كان امة والآخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم او خال او كان احدهما جدا لا اضر جاز التفريق بينهما لان الفرق الثاني ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق المتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده وموارده الوالده وولدها والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فيه التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر المولى او الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة المحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمية للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا وكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا اصار احدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا ادبره او استولده لان كانت امه فانه لا باس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع التخيير بين الدفع والفداء ولو لا ولاية المنع عن البيع بادا القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرين او كبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب بظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضى امه ولزم التفريق واذا انا ملت ما سقط لك انا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لم يمتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يحمل لانه لو لم يحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو لزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير لو منع المسلم عن شراء تضرر الصغير قصدا وعاما على موعود به بالنقض فان الحرب يدخلها دار الحرب فلسنا ان نفيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لتعرضه الاسر والقتل وفي الآخرة لا ظاهر من بيننا من صغره بينهم ان يكون على دينهم واما

حاشية

قوله وكذلك في النكاح وبدأ على هذا ما روي ان النبي عليه السلام أمر فاطمة بنت قيس لما جاءته تستشير وقد خطبها ابو الجهم ومعاوية فقال اما ابو الجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة فقالت فتزوجته اسامة فاغتبطت به

حاشية

وروي ان زيد بن حارثة قدم بسبايا من الشام فوجد النبي صلى الله عليه وسلم شخصه عنها فرأى جارية في حجرة النبي صلى الله عليه وسلم فقال لولدها وقالت له امه اذهب فسلم على ابيك فقبل ولدها وقالت له امه والهفة نسألك ان لا تقبل لولدها فقال لها النبي عليه الصلاة والسلام ادركي ادركي انا نودي والله اعلم

كاتبه

الثواب اجبارا اوعادة وكلاهما لا يكون الا لمشروع ولان العقد حقهما ٥
وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها ان تكون بالثمن الاول فان
شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ
في حق المتعاقدين ولهذا بطل ما التزماه به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه
ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل
القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم
تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا
كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا الان لفظها مبني عن الفسخ كما يذكره
ومعناها مبني عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها بيعا اوصحا فقط اهماله
لاحد الجانبين واعمالها ولو بوجه اولى فجعلنا من حيث اللفظ فسخا في العاقدين لقيامه بهما
فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض
ولدا فان الزيادة المتصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند
ابي يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في العرض المبيعة بالدراهم بعد هلاكهما
الى ان تعذر جعلها فسخا فيسقط كما اذا تقايلا في العرض المبيعة بالدراهم بعد هلاكهما
وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا بأكثر من الثمن الاول فيجعل
بيعا الا اذا تعذر ذلك فيسقط كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكهما استدل محمد
بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للنقض والرفع يعني ان حقيقته هذا كان يقتضي الدعا القضي
عرفي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فنعمل بها واذا تعذر يحال على محتمله وهو
البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي
وفيه البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب
وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة له لا يعقد البيع بلفظ الاقالة وليس
كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم عن المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا اوقاله
ابتدا فلتك العقد لهذا العدد بالف درهم ولم يكن اصلا تعذر بصحتها بيعا لان الاقالة انما تصح
الى ما لا وجود له فيسقط في محرجها وما نحن فيه ليس كذلك ٧ انها اضيفت الى ماله على ما اراد من
المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما
انه يعلم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجانا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة
وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك العقد بعينه بهذا العبد
وذلك يقتضي بقاء سابقة العقد واستدل ابو حنيفة اللفظ بنى على النقض والرفع كما قلنا فهو حقيقته
فيه والاصل اعمال اللفظ في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطلا وههنا
لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد فانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين للاخر
لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك لجاب

بنى عقد ح
وهو اعني به سابقة العقد قبلها
فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ
في موضع لوجود الدلالة صح

الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالاضرار واما الخامس فجواز
التفريق فيه ممنوع على ما روى عن ابي يوسف رحمه الله وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم
عن العيب حرام من كل وجه وفي لزام المعيب اضرار بالمشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه واما
في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بالكل لوجوه الان للعتق او المكاتب صار احق بنفسه فيه
دار هو حيثما دار اخوه وبتعاهد اموره على ما اراد ولا اعتبار لحز وجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى
الواجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه واما في السابع فلان المنع
عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلا رضيا بالتفريق اندفع الضرر ففي ما عدا الاخيرين ضرر
فلا يكون في معنى ما الضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن
قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس
ببيع واحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل ما كان غير سواء كان الغير
ابنا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنته اولا وسواء كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد
هؤلاء اذا كانا في ملك لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تقريره
في انا الا سوله وجوابها ورويس عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير
بين ان يدفع او يفدي فكان الفدا اولى ف ـــ فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره
ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنايم او الهبة
او غير ذلك والبيع جايز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه انه يجوز
في جميع ذلك لما روينا من توله عليها السلام الا من ادرك ادرك ولزيد بن حارثه اردد اردد فال الامر
بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله ٥
والكراهة لمعنى مجاور وهو ترك الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد
كالاستام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما
قوله وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانهما ليسا في معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده
فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررنا ٥ وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية
وسيرين وكانتا اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين
اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سريه فولدت له ابراهيم
وهي مارية وهبها الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد
البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له
واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اغلظ والكفار غير مخاطبين بالشرايع

باب الاقالة

الخلاص عن حيث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ
كان للاقالة تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والميم للسلب
كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جايزة لقوله صلى الله عليه وسلم من قال نادما
بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ندب اليها صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجبا الخير فيها من

المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذا لثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لاحد على غيرها ليكون لفظها عاملا في حقه بل هو امر ضروري لا مدخل له في ثبوت حكم البيع وهو الملك للبائع سد لظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه ابسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وذوالملك من ضرورته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضرورته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه اخر ان المدعي ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس من مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة بما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام ولا عبرة للمقابلة فانه اخرج دم ٥ الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يغير وثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ واذا ثبت هذا اي بما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عجز رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان ضده رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد العاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها بمنزلته في البيع فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشتري جارية بالف درهم وتقابلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقابلا بالف وخمسمائة صحت بالف وفي ذكر الباقي وان تقابلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف وفي النقصان وجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بمائة وتصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا وقال بعض المشائخ تاويل المسالة ذلك هذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا اراد تقدير العمل بحقيقته فيصار الى المجاز صونا للكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق بين الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن واقال كان فسخا

ما تملك البائع بدل الاحكام ح

قوله

هذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهب جماعة لو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان ابا يوسف انما جعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال لغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يعقبها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد واما عند ابي يوسف فصيغ لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال ـــ وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف لهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في البيوع ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية ووجب رد قيمة العبد لا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة لا يشكل بالمقابضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض ولو كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح سواء كان كل واحد منهما في معنى الاخر لان الاقالة وان كان لفظها لفظ البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقابضة فانها بيع على الحقيقة وكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف التقابض فانه هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان كل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن بخلاف المقابضة لانها لما لم تتعين لم تتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض ورد مثله بسبب ان فصار هلاكهما كهلاكها وفي المقابضة تعلقت باعيانهما قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه يرد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة فسخ بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل كقولك اقلني فيقول لا اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال لا فسخ بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان

محمد ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

يقول اقلت البيع فيقول الاخر قبلت اعتبارا بالبيع ولعما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظره وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلها وهي اما موضعه وعرف المرابحة ينقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الذي ادى اعاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف لبس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ايهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول لان بعين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس والمقدار والاول ليس بشرط لما ذكرنا ولا يصح انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس راس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به العشر لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى راس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك شيئا بهبة او وصية فتوضأ به باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل ضمير هذا الاولى ان يقال هل ما ملكه من السلع بفاسد عنده والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد الذي من ان يكون ابتدائها وانتهائها واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك العقد اعني لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والصفة حتى لو الحق ما يزيد في المبيع او قيمته براس المال وكان من جملة الثمن الاول لعادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا لجعلها زائما قام عنده من غير حيانه فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليهما كان يزيد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان جايزان لاستجماع شرايط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغير هو الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كالشفعة يحتاج الى ان يجعل على فعل المتهدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكفاية فوجب القول بجوازها لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا ذهب الى الاصباغ الى الاعتماد كان مبني البيعين بناءهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة واجبات لاعمالها المقام ذلك وعرف هذا البيع المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان العادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن

وكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم يجز المحاذفة في الاموال الربوية كذلك فكل ما حرم حزم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لان تصح المرابحة والتوليه في ذوات القيم لما ذكرنا انفا ان بناءهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيمات ان امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع اليه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البايع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهم كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشترى راس المال في قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البايع بايعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزء من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى راس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك العشرة وربح درهم من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة اوده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به وبقوله قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام اليه عبارة عن الحصول بما يخدم وقد يغرم فيما القرر المسلم واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانه يبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكرايت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة بخلاف اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها براس المال لان الزيادة في الحاصلة في المالية باعتبار معنا في المتعلم وهو الحرف والذكاء لان ما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرايض والبيطار وجعل الابق والجمام والختان فان الملحق الشرعي بالصنعة في المرابحة اما في الصنعة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار وعند ابي حنيفة ان شاء ضم جميع الثمن وان شاء ترك وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما الى في المرابحة والتولية وقال محمد يخير فيهما لجهالة ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما والعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة بربح وتوضيح فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب الخيار ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لان التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول

فالربح هو

حاشية: فان قلت هل يعتبر في مسائل المرابحة صورة البيع ان تقول فيها اشتريته بكذا او ربح بيع ايضا فيها ان تقول قام علي بكذا ومع ذلك بالربح فانه اذا اشترى الرجل متاعا ثم وضعه باعه مرابحة على بكذا او ربح بيع ثم باعه بالاكثر من ثمنه لم يجز ان تقول قام علي بكذا ومع ذلك لم يكن لا معنى ان ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول وقعه كذا وانا اسعه على ذلك

نهاية

والحال انه معلوم واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالمتصرف فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها كذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلابد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من راس المال والربح جميعا كما اذا اشتري ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما وقال ابو حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى توليه لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى توليه ليلا يتغير التصرف فتغير الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فتخيير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان رده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه تعذر فسخ دخيارا لا يقابله شيء من الثمن فجبار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لم يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لان المستحق للمشتري عند المطالبة تسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وفيما روايات الظاهر اعتبارا بما روي عن محمد في غير رعاية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال ومن اشترى ثوبا فباعه مرابحة الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها قالوا العقد الثاني عقد مجدد مسقط للاحكام عن الاول وهو ظاهر وكما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا اشترى ثوبا من مشتر مشتر به وقال ابو حنيفة يحصل الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكد ما كان على شرف السقوط والتاكيد في بعض المواضع حكمه حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتاكد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كانه اشتري بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها الحقيقة تاخذ احتياطا في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على اخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح بناء على التجوز والمظنة فلو وجد الحط حقيقة جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشركة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشركة الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد لشبهة الايجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة تعلق عن راجع الى العباد فيؤثر التاكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون التاكيد فيه شبهة الايجاب

بعشرة ح

كذا نقل من فوايد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تحلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ولم يستغل بربح المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة قال واذا اشتري العبد المأذون اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اذا بيع العبد من المولى وكسبه شبهة العدم لجواز ان مع المباني وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان لغرماء الدين ويستغرق بكسب عبده فصار كالبايع من نفسه فاعتبر عدما وحكم المرابحة كوجوب الاحتراز عنها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد المولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان ولم يقيده الطحاوي والقدوري والحق قيده لما ذكرنا قال وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبني هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اذا بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله فيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفايدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفايدة ينعقد لان الانعقاد بيتبع الفايدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما بصفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفايدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من قليل وزفر قد استوضحه المصنف بقوله الا يرى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع شيئا لوكيل وكيله فيها وكل فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصف المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال ومن اشترى جارية فاعورت او اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بافة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطيها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم اعتبار ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري

ح وان لم يستغد ملك الرقبة فكان مبيدا صحيحا وهذا الان البيع ماخوذ من مد الباع يسمى به لان كل واحد يمد باعه الى ما في يد صاحبه بعد البيع وهذا المعنى موجود ها هنا كذا في الفوايد الظهيرية ح

كما كتب

بشبهة كما لا يخفى ح

اذا وطيها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفي من الوطي بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ازداد فاما ان يرد جامع العقد او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطي للمشتري مجانا والوطي يستلزم العقد عند سقوط العقد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعوار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان الغصب بافة سماوية او بصنع العباد واما اذا افقأ عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي يعني اذا فقأ المشتري عينها بنفسه وفقأها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مراجحة لانه صار مقصودا بالاتلاف فاذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيلزم المشتري حابس بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع المراجحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتصحيص على اخذ ارشها وهو الذي نص عليه في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأها الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش بسبب اخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاتفاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر في اصل المبسوط كذلك وكذا ان وطئها هي بكر لا يبيعها مراجحة الا ببيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصاب به قرض فار بالقاف من غير فعل احد في الثوب بالمقراض اذا قطعه ونحوه او اليسير على انه بالغاء او حرق نارجاز ان يبيعه مراجحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب خشونة وطيه لا يبيعه مراجحة بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مراجحة بثمنهما والمراجحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونقض بان الغلام الذي لا يحسن يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء فالشبهة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما سرق في سكة اعوار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انما هي في مقابلة السلامة ونحن نحيله هو ان يقول ان اجلتني هذه كذا فثمنه يكون كذا ابتداء ومقدار ما يثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك بسلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا وان لا نحالفه ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرا

فيما علم المشتري ان كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم يلحقها رلزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله بشيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرده القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتي ذكر من بعد فيما يأتي مشروحا قبل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روى عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في الحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل هو قول ابي حنيفة الاول فيمن حلف لا يقضي غريمه حقه اليوم فقضاه بعد غد ولم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه متعارف كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب لانه لا ثمن حال قال ومن ولاه شيئا مما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي بزيد به ما اشتراه به مع ما لحقه من اللون كالصبغ والفتل ونحو ذلك ولم يعلم المشتري بما قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا اعلم في المجلس جعل كما بدا العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كما خير القبول الى آخر المجلس بعد الافتراق تقرر الفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه واما خيار المشتري فللجهل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كالا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به

فصل وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقييدها تقييدا فرد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتوليه ومن اشترى شيئا مما يتقل نقلا حسنا وهو المراد بقوله يحول فيه ويحمل به ليلا يتوهم انه احتراز عن المدبر المجزل ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا يمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال اذا اشتري احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس رضي الله عنه قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر انه قال ابيعت ريتا في السوق معلما استوجبته لفتى رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيثما بعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض والمانع زايل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل

شبكة الألوكة www.alukah.net

القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع تم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين ما ملكه
في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول
وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر
غير جايز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر
الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور
الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص
على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وليس فيما بعد القبض
في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة
فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى
اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول لجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا يجوز
قبل القبض والجامع اسمها لها على بيع ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه
شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمان كما في الاجارة ولهما
ان ركن البيع صدر من اصله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي
الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فصح العقد لوجود
المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه
غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا اجاز البيع فيه قبل القبض
صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه فقضاء عاد
له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار
نادرا كان غرر انفساخ العقد المبني عنه مستغنى والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز
بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع والمعترض بانه تعليل في موضع النص
وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب
بانه عام دخله التخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام
يجوز تخصيصه بالقياس فيجعله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث الذي عن
بيع مبيع لم يقبض من مالكه بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه
اريد به عن بيع ما لم يقبض من مالكه الغير ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح ان يكون مخصصا سلمنا
صلاحيته كذلك لكن التخصيص لسيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله ولهذا كان الحديث
معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما بانى فيه تناولا
مردودا واعلم ان ما ذكرناه مسوغ في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال
الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جايزا بعمومه قوله تعالى واحل الله البيع لكن خص
منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه
بخبر الواحد وهو ما رويا انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساح اولا

وغرره الربا

فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين
ما رويتم في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه
وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمالا لثبوت التوفيق حينئذ
والاعمال متعين لامحالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مخصصا
بعقد يقتضيه هلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب قوله والاجارة جواب عن
قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال
في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة تملك الرقبة فاذا ملك
التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة
المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكالة
او موزونا موازنة او اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد
التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك واشترى
مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد
الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري
فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف على
مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو سر ترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله
وفي الثاني يحتاج الى الكيل لعدم الاقتدار على تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل
لانه لما اشتراه مجازفة ملك بجميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف لان
الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان من الجايز انه اشترى مكيلا
مكايلة فاكاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون
زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التحمل ما ترى وقيل المراد الزيادة الترك
في ذهن البايع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو مائة زايد على ما ظنه والزايد
للمشتري ويجوز ان يجعل من باب العرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو
فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة لهذا المانع على تقدير وجوده لم
يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولا ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان قدعوهم لا
يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي البايع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البايع
بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما يبيع مكايلة لكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا
واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاصناف
الاربعة فما وجه تخصيصه لما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك انما
يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان التقصي عن عهدة ذلك
بان يقال قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر
الواحد وفيه ذكر جربان الصاعين وكيل ذلك لا لتعيين المقدار وانما يحتاج اليه عند

قوله من اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على انه كذا كيلا او وزنا باعه موازنة او مجازفة او اشتراه لنفسه ثم ان وطلا فاكاله او وازنه لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن كما

قوله والاجارة الخ هذا جواب عن قياس محمد الخ صاعان

توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلوم بذلك وهو في الجازفة معدوم فكان جايزا بلا قول ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سياتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم الجازفة في المكيل لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ليلحق به بخلاف العقار فانه مبيع لا وصف وما عتبر بكيل البايع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البايع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا يكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح ان يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سياتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه لنفسه ثم يقبضه لنفسه فالكيل الثاني كالاول لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولا فيما اذا كان العقد ان بشرط الكيل واستدل على وجوب حمل الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على العكس من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبايع في مواد قوله البايع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني بالبيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسئلة وما سياتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يريد على المشروط وذلك البايع يقتضي ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا كما ذكرنا ولو سلمنا ان وجوب الكيلين عزيمة ولكن الكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان مدفوعا بما ذكرنا على القوانين لكنا لم نطعن بذلك ولو اشترى المعدود عددا فهو كالموزون فيما يروى عن ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربوا ولهذا يباع بيع الواحد بالاثنين فكان كالذراع وحكمه قد مر وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا يحتمل الزيادة الا يرى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها اقل لم يرد حصة النقصان من الباع كالموزون فلا يجوز التصرف في العدد كالوزن بالموزون قال والتصرف في الثمن قبل القبض جايز التصرف في الثمن قبل القبض جايز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ثوبا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان ياخذ بدله شيا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل بالبقيع فاخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم

فيه كلام يعرف في موضعه والحواله قبل القبض من الرواية وهو قوله الكالة ودفعه بان يكون المراد بالبايع في قوله البايع

والاكتفا

وكان

وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قايم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اى في العقود بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن اذا اشترى عينا بماية ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بماية ثم زاد على المبيع شيا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البايع جنس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ويملك المشتري بمطالبة المبيع من البايع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البايع بهما واذا اجاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصيران في اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار براءة ولنا ان البايع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد بيانه اضافتهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر وراج وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط تجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فلان يكون لهما ولاية القيمين من وصف الى وصف اولى لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله وصار كما اذا كان الاحد العاقدين او لهما اختيار الشرط فاسقط او شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه سديل باصله لا يعتبر بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان سمى سعرا باطلا لعدم الثمن حينيذ وقد علمنا العالم يقصد ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المبطل ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لانتفاء المنافع فيلتحق حط البعض باصل العقد على اعتبار الالتحاق لا لكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البايع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خرج وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط قال وانما كان للشفيع جواب سوال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب

انما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفى الزيادة ابطال
له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير برتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قايما واما بعد
هلاكه فلا يصح الزيادة فى الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله فصح الاعتياض انما
يكون فى موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يسند بخلاف الحط
لانه محال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله
فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استفادة وروى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة انه يصح
زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قايما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا
كما جعل قايما اذا اطلع المشترى على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان
قيام العقد بالعاقدين بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك او ابقاء بطريق التحديد فلم يكن
لابقاء العقد بحقه فايدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فايدة والزيادة فى المبيع جايزة لانها تثبت
فى مقابلة الثمن وهو قايم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها من الثمن
قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان
يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار موجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه
قال الشافعى لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا
بمن عليه لان التاجيل اثبات براءة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن
الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثانى فلا يخلو اما ان يكون الجهالة فاحشة
فان كان الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح ونزول المطر لم يجز وان كان الثانى كالحصاد
والدياس جاز كما لو قاله لان الاجل لم يشترط فى عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع
وقد ذكرنا من قبل يعنى فى اواخر البيع قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا كالدين
حال بتاجيل صاحبه يصير موجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض
فى ابتدائه صلة واعارة فهو لهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من
لا يملك التبرع كالوصى والعبد المعاوضة فى الانتهاء ان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين
فعلى اعتبار ابتدائه لا يصح اى لا يلزم التاجيل فيه كما فى الاعارة اذ لا جبر فى التبرعات وعلى اعتبار
انتهائه لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضى فساد القرض لكن
ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدناه على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض بما
اذا اوصى بان يقرض المدرهم فلانا الى سنة فانه قرض موجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه او تبرع
ولا تطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى فكونها
وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم فى الوصية ما لا يلزم فى غيرها الا يرى انه اذا اوصى بشئ بستانه
لفلان صح ولزم وان معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل فى القرض حتى لا يجوز للورثة
مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل المستحق للموصى بالخ الربا لما فرغ من
ذكر ابواب البيوع التى امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع فى بيان

انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان
النهى تعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذى هو بيع شرعا
والحرام الذى هو الربا ولهذا قيل لمحمد الا تصنف فى الزهد شيا قال قد صنفت كتاب البيوع
ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة فى الحلال
والربا فى اللغة هو الزيادة من ربا المال اى زاد ويذكر فيقال ربوا بكسر الراء ومنه
الاشيا الربوية وفتح الراء خطا ذكره فى المغرب وفى الاصطلاح هو الفضل الخالى
عن العوض المشروط فى البيع قال والربوا فى كل مكيل او موزون اى حكم الربوا
وهو حرمة الفضل والنسيه جار فى كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من
جنسه فالعلة اى لوجود المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المصنف
ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولها وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول
الاخر والاصل فيه الحديث المشهور الذى تلقته العلما بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم
الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشيا الستة الحنطة والشعير والتمر
والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت
وابى سعيد الخدرى ومعاوية بن ابى سفيان رضى الله عنهم ويروى بروايتين بالرفع مثل
بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه
واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثانى بيعوا التمر والمراد بالمماثلة من حيث الكل بدليل ما روى
كيلا بكيل وكذلك فى الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يتطوق
عليه اسم الحنطة فان بيع حبه من حنطه بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه
المماثلة من حيث الجودة والرداة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سوا كلام رسول
الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح اجيب بان الامر
مصروف الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهدا
اذا ما ثبت كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يد بيد المراد به عندنا عين بعين وعند
الشافعى قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الحرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما
على الاخر حرام والحكم معلول باجماع القايسين احترازا عن قول داود من المتاخرين وعثمان البتى
من المتقدمين ان الحكم معقود على الاشيا الستة والفضل غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه
من القدر والجنس وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط لتحقق
العلة عملها حيرا لا لعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر فى تحريم
النسا فلو اسلم هرويا فى هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفى العلة وسيأتى المساواة
مخلصا يخلص بها عن الحرمة لانه اى التنازع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد
مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا فى رواية النصب وفى رواية الرفع يقال
معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اى كل من الشرطين يشتمل عليه

المماثلة ح

الكيل ح وقوله

و الخطر كالنهادة في النكاح فاذا كان عزيزا خطيرا تعلل بعلة تناسب الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح جميعا ولا اثر للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة انما تعرف بالنص والطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجود اعنده لا وجودا به ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط ه ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلثة لتحقق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما افضل من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن الربوا لان احد البدلين اذا كان افضل من الآخر كان التناول مضيعا للفضل ما فيه الفضل او تتميما للفايدة بانضمام التسليم به اي ه بالتماثل يعني ان في العقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة فتضاعف بعد مماثلة ه كل منهما للآخر لتتم فايدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة من حيث القبض وان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفايدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفايدة اتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما ولقايل ان يقول هذه الاوجه الثلثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سايرالبياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن الضياع وتتميم الفايدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع ليلا تتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمته لا علته ليتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فوات حرمة الربوا لان الشروط ينتفي عند انتفاء شرطه وللقايل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل ان لم يوجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد من الحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمة قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علة القدر والجنس لوجود المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار تستوي الذوات اي الصورة والجنسية تستوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقايل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعلقوها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا للشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان ونحن فيه كذلك لان الفضل وجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه في غيره بعدية فكان جايزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فتحقق الربوا لان الربوا هو

الفضل المتحقق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله لا يعتبر الوصف بجواز ان يكون جواب سوال تقريره ان المماثلة كما يكون بالقدر والجنس يكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوتا لذاتان صورة ومعنى تساويا في المماليه والفضل من حيث الجودة ساقط الاعبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسر وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف اولان في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا قوله والطعم والثمنية جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان البسيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا يرى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف يوثر في حرمة المباح بل سنها لدجرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالنهوا والماء على الدواب وغيرذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا يكون المساوا ه مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين يقول اذا بيع الكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المحمودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في الحديث وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط فالجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالجيد والردي بالردي لانتفاء المماثلة قال ـــ ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي ومما يترتب على ه الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاضل بالتفاضل لان عدم الجواز يتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة بالكيل ولا كيل بالحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لم يدخل تحت المعيار الشرعي يوجب القيمة عند الاتلاف لامثالها فصيت مكيله او موزونه لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والخلص المساواة ولم يوجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاضله بتفاضله لوجود الطعم وعدم المستوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال ـــ فاذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حال التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الا باحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي

شبكة الألوكة www.alukah.net

هي القدر والجنس فظهر عند عدمهما لان العدم يثبت شيئا واحدا وعدا حدهما
وعدم الاخر لحصول التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير
لحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى لو باع عبدا بعبدين اجل لا يجوز لوجود
الجنسية وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان التقديه وعدمها لا يثبت
الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي
بالهرويين والعبد بالعبدين والشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم
النساء زيادة فايده فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات ك
كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد
عنده في صورة الجنس واما صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجز بيع الذهب بالفضة نسيئة
وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عند غير القدر وهو ان التفاضل شرط في ك
التصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف من انه مال الربوا من وجه وحقيقة ما ثبت
ان في باب الربوا حقيقته وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى محله
وعلة فالحقيقة لا يجوز ان تكون محلها وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض
فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه فنظرنا ان القدر
يجمعها كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والاخر نسيئة
وكل علة قامت وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة
يثبت بها شبهة الحكم والنقديه اوجب فضلا في الماليه فتحقق شبهة الربوا في محل صالح لعلة صالحة
لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من
وجه شبهة وكون النقديه شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها
والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني
مسلم لكنها كانت جايزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة
الاولى في محل والثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والحاثبت شبهة
الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاسرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا
كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف لم يستدل للجانبين
الاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن
العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رحمه
الله وبما روي ابو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا
فالجواب ان جهالة التاريخ وطرق احتمال التاويلات كما ان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة
النساء كان الاستدلال به اولى من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم اذا سلم الاجماع فله ان
يقول انهم اجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثنا من قوله
فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حصل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في

على الحقيقة وعلتها ح

معناه عن ذلك ح

الحيوان

الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد
لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران
يوزن بالامنا والنقود بالسفيات وفي معرفة سنك نزار ونقل عن القدوري ان السين افصح ونقل
عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين وا ما الثاني فلان الزعفران مما يتعين بالتعيين
والنقود مما لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت
هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبضه البايع صح التصرف فيه قبل
الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه سوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد
الوزن واذا اختلف في الوزن صورة ومعنى حكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه
الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا انتفعا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن
والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما
موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو
يفيد الانجاد بينهما فصار كانا لوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف تسامح فانه قال
فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الايمة بل يقول اتفاقهما في الوزن صورة
لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن ٥
فذاك اعتبار زايد على ما ذكره شمس الايمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشيوع يرخص
في السلم والاصل في راس المال هو النقود فلو لم يجوزه لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزو
على ما هو الاصل والغالب فاورث شرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الفرق وقال شمس الايمة ولكن
هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به فا ... وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم
كما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل
ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا
لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من
يتعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لا نص عليه فهو محمول على العرف لانها اي عادة الناس
دلالة على جواز الحكم فيما وقعت فيه لقوله عليه السلام ما راوه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
وعن ابي يوسف اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل
والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه وكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت
وقد تبدل فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا
بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تقابضا خلافا لهما ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوه
لتوهم الفضل على ما هو المتعارف فيه كما اذا باع مجازفة لكن جوزنا الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما
اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام
على وجه سمى لهذا زعمه في السلم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في
المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز وكان في المسئلة روايتان قال ... وكل ما ينسب الى الوطن فهو

وزن الرطل بالكسر والفتح مائتا واثنى عشر درهما وهو اثنتا عشرة اوقية جمع اوقية كاثنية واثاني قيل هي وزن سبعة مثاقيل
وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو
وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي
وزنا بخلاف سائر المكاييل فيقبل بقوله الا ما قدرت يعني ان سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا
يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز
لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو باع المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف
وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون
شرقال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعقل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن
الدهن بالامنا والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الاني وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاعتبر
الرطل لذلك حسيرا فرفعا ان كل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر
الوزن و [illegible] وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع عليه جنس الاثمان
وهي العقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس وقوله يعتبر خبر بان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر
يجب لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب
وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان
وفسره بقوله يدا بيد حملا الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات
تعين فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع
كرحنطة بكرحنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا عن تقاض فسد
العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض
لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية وبانه اذا لم يتقبض في المجلس تعاقبا القبض والعقد
مرتبة فيثبت شبهة الربوا كالحال والموجل ولنا ان ما سواه مبيع متعين لا غير متعينين بالتعيين
وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط
القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين
فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف
فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين في العقود قوله ومعنى قوله عليه السلام جواب عن
استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا تعين لم يبق دليلا له على القبض والدليل على ذلك
ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض
جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع الموكب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون
القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الاخر وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به
القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين
تحكم لا يحمل غيره فيحمل المحتمل على الحكم ولا يقال لو حكم العمل بعموم المشترك او الجمع بين
الحقيقة والمجاز لانا نحن جعلنا يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف

بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو بمعنى العين في الحال كلها
لكن نعتبر كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب ببيع
نا ما مثله ليلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجيب
بانه وان تعين لكنه لما كان تتأخر فيه شبهه عدم التعيين والشبهه في الربوا كالحقيقة
فاشتراط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان لا تتعين
واما الشافعي فليس بقابل به ولا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المباوي فهنا لشبهه
بالحد لا يلزم المناقضة على ما عرف في موضعه وقوله ويناقض القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم
يتقبض في المجلس ووجهه ان المتابع تعاقب بعد تفارقا في المالية عرفا كما في النقد والموجل وما
ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفضلون بعض المالية بين المجتمعين في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا
معينا قال [illegible] ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي المتفاوت بجنسه متفاضلا جاز
ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم
النساء فان قيل الجواز والبيض والتمر جعلت امثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين
اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اعتبار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو
ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة
صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال [illegible] ويجوز بيع الفلس بالفلسين
باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على وجه بيع فلس بعين عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس
بعينه بفلسين بعين اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما
والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرابحة امثال متساوية قطعا لاصطلاح
الناس على اهدار رغبة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا
واما الثاني فلانه لو جاز امسك لباع الفلس المعين وطالبا خر فهو فضل حال عن العوض واما الثالث
فلانه لو جاز قبض لباع الفلسين ورد عليه احدهما كان ما استوجبه في ذمته فيبقى الاخر له بلا عوض
واما الوجه الرابع فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية
في الفلس ثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما
فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بصر اعيانهما وصار كبيع الدرهم
بالدرهمين وبهذا تبين ان الفلوس الرابحة ما دامت رابحة لا تتعين بالتعيين حتى لو تلف بخلاف
جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما
ان الثمنية في حقهما ثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل
باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت بانقطاع الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين
فيجب ان لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على بيعها سواها واجيب بان
الاصل في الفلوس ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان
تكون ثمنا باصطلاحهما لو قوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك

ايضا ح

على وفاق الاصل فكان جايزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنيه وفيه نظر لانه بنا في قوله ان الثمنيه باصطلاحهما ثبت باصطلاحهما او بشرط ان يكون من سواهما متفقين على الثمنيه واذا ابطلت الثمنيه فلعود ها عروضا يتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضا عادت وزنيه فكان بيع فلس بفلسين بيع قطع صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يجود وزنيا لانها بالا قدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين اعرضنا عن اعتبار الثمنيه دون العدد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العدد ملزوم الثمنيه حتى ينتفي بانتفايها فبقي معدودا واستدل على بقا الاصطلاح في حق العدد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العدد فساد العقد فيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم اليه ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد قوله فصار كالجوز بالجوز يبين لانفكاك العدد به عن الثمنيه وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنيه خلقه لا باصطلاحا فلا يبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف جواب عما قال كما اذا كانا يعنيان انها فان ذلك لم يجز لكونه كالمي اي بسبب هو منهي عنه وهو قوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن قوله لان التسمير الباقي لان عدم الجواز انما باعتبار ان الجنس باتحاده يحرم النساء ولا يجوز بيع الحنطه بالدقيق بيع الحنطه بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا متفاضلا لشبهة الربوا لانها مكيله والجانسة باقية من وجه لانها اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والجمع لا يصير بالتفريق شيئا اخر زايله من وجه وانما اختلف الجنس باختلاف الاسم والصوره والمعاني كما بين الحنطه والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وقد تتبدل الصوره واختلف المعاني فان ما ينبغي من الحنطة لا ينبغي من الدقيق فانها تصلح لايجاد الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة او لا والكل يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متسوي بينهما وبين الحنطه لاكتنازها فيه وتخلخل حباب الحنطه فصار كالمجازفه في احتمال الزياده فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قبل حرمة الربوا حرمة تتناهي تحريما بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع ثبت حرمة لا تتناهي فصار مثل الدراهم والدنانير على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا تتناهي بالمساواة في الحقيقه او في الشبهه والثاني ممنوع فان حرمة النساء تتناهي بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهي بالمساواه فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المساوي ومتساويا وكيلا بكيل قيل حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا متزادفين وفايدة ذكرانا نبه على توهم جواز المساواة وزنا حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق

اذ لا ولاية للغير عليها ويمكن ان يقال ان الثمنية في حقها ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليها ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد ثبتت باصطلاحهما

٣

بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكيلين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رحمه الله متساويا لا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطه غير مقليه والسويق اجزاؤها مقليه فكما لا يجوز بيع اجزا بعض بالاخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزا بعض باجزا بعض اخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق عاد الحر والعصايد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فينبغي ان كيف شيئم بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التعديه يشملهما وفوات البعض لا يضر كما لو قليه بغير المقليه والعلكه بالمبوسه التي اكلها السويق المقليه هي المشويه من قلي يقلي اذا شوي ويجوز مقلوه من قلى يقلو او العلكه هي الجيد، التي تكون كالعلك من صلابتها تمدد من غير انقطاع والسوسه العته وهو دوده تقع في الصوف والثياب والطعام ومنحنطه مسوسه بكسر الواو المشدده في ـــ ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاه مثلا وهو جايز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثره كما في اللحمان المختلفة على ما بين ومنها ما اذا باع بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحه مفصول عن السقط وهو جايز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا جايز بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو ايضا جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما غير جايز عند محمد الا اذا كان اللحم المعرر اكثر ليكون اللحم بمقابلة اكثر ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط او الم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس يحكم لوجود الجنسيه باعتبار ما في الصير فصار كالحل اي السميج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لامحاله والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف لنفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدري ان الشاة خفت نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الحل بالسمسم لان الوزن في الحل يعرف قدر الدهن اذ الصبر بينه وبين التمر وبوزن التمر وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن وكذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والتمر ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزنان ثم يميز التمر فيوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء اذ في وزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس يتحرك بالاراده والبيع فيها يجوز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع فسده وليس كذلك اجيب بان النسيه ان كانت في الشاة الحيه وسلم في الحيوان وان كان في البدل الاخر فهو مسلم في اللحم وكلاهما لا يجوز ـــ ويجوز بيع الرطب

وهو اللحم

شبكة الألوكة www.alukah.net

يعني الحنطة الرطبة والمبلولة الى اخرها وبين الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيما في عدل
الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ماذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء الكيد
احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل
ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد وارد اعلى البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة
الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل ولو باع البسر
بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل اول ما تنعقد صورتها
بيع متساويا من حيث الكيل يدا بيد جايز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء
كم بالنخل سمي به لانه ليس له ما في جوفه بالتمر جايز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفري ليس بتمر
لكونه قبل انعقاد الصورة قوله والكفرى عددي متفاوت بالصغر والكبر ويتفاوت اجاده في
المالية فلا يخرج الاسلام فيه للجهالة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون لا يتخذ
منه الزيت والتسريج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان سعر شيرج وهو تعريب شيره والمراد
بهما ما يتخذ من السمسم واعلم ان الجانسين اذا كان تارة باعتبار العين واخرى باعتبار
ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز قفيز حنطة بمثله بقفيز مسوسة من غير اعتبار
ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون
من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون او لا والثاني
لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو الحق في هذا الباب والاول اما ان يكون المنفصل اكثر او لا والثاني
لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والتجيير ان ينفصل المنفصل عن المستخرج من الزيت والتجيير
وهو ان ساواه على تقدير ان يكون التجيير قائما وامالم يكن كما في الزيت بعد اخراج الثمن
اذا كان الثمن الخارج مثل ما في الزيت من الثمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة والاول جايز
لوجود القضي وانتفاء المانع والسيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر
بدبسه على هذا الاعتبار ولقايل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والتجيير فاما ان يكون المجموع
منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع السيرج بالسمسم مطلقا لان الدهن ونفي
والسمسم كيلي او من حيث الافراد فيجب بيع السمسم بالسمسم متفاضلا فاما لكل واحد من الدهن والتجيير
الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما
الدهن او التجيير منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب ان لا يقابل التجيير بشيء
من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع
السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا للكل واحد من الدهن والتجيير الى خلاف جنسه قلنا ذاك اذا كان
منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينيذ الدهن والتجيير ليسا كذلك واختلفوا
في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن منفصل بالغزل فهو تغير الحنطة بالدقيق
وقيل يجوز لان اصلها واحد وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن
لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان وبيع الغزل بالثوب جايز والكرباس بالقطن جايز

قال رحمه

واذا اطلق العقد فنقد البدلين فليس بمفسد اذا لم يكن تفاوت في المعقود عليه

قال وهو جواب سوال التمر لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفري لكنه تمر لجواز السلم في الكفري لكنه تمر متفاوت والجواب انه عددي متفاوت

قال رحمه

بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة رحمه الله
خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص حين سيل عن بيع الرطب
بالتمر وقال اينقص اذا جف فقيل نعم اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة
الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقوله
فقال عليه السلام هو الدليل ولابي حنيفة هو المعقول والمعقول اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم
سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جايز لما روينا من الحديث
المشهور واما المعقول فما روي انه لما دخل بغداد سيل عن هذه المسئلة وكانوا شددا
عليه لمخالفته الخبر فاجيب بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد بالاول
الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان بيعوا كيف شيتم فاورد
عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن اهل
الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكن خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الاول
المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز بالاول الحديث او لا
تكون فيجوز بالاخر فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكنه لا تتم به بل بما
بينا من اطلاق اسم التمر عليه وقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها
الى ان تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطه قوله فيجوز بالاول
الحديث قلنا انما جاز ان لو تفاضلا المماثلة بينهما كيلا ولا يثبت لما قيل ان المقلية صنعة تعدم عليها
الاعواض فصار كمن باع قفيزا حنطة بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة
لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره
بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق
وكل تفاوت خلقي فهو ساقط اعتبارا كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب على هذا الكلام
بالوجه المذكور ولعله تمر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوله دليل ابي حنيفة رحمه الله وقيل لا
يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجم انما تم بالطلاق
اسم التمر عليه فان النص لما ورد بالطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد
بالطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب
يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه ربوي تفاوت في اعدل الاحوال
اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جايزا وكذلك بيع
الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او اليابسة او التمر المنقع بالمنقع من انقع
اذا القى في الخابية ليسيل ويخرج منه الحلاوة جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومعنى
حديث سعد وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا بالاطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا
الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هذه الفصول

كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا
وعنده انه لا يجوز مطلقا ق ـ ويجوز بيع اللحمان كل ما يحل به نصاب الاخير من الحيوان في
الذكوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعزى الضان فلا
يجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكل ما لا يوكل به نصاب الاخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر
والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي رحمه الله ان المقصود
من اللحم شيء واحد وهو البعض والنقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا
واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفروع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التعديد فذلك
باعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والخير الاتحاد في المعنى الخاص لا يشكل
بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة ه
فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناول الحديث الشريف وفي شرحه يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل
بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاعراض بالصنعة
فاذا تبدلت الاعراض بالصنعة يكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالمروي والمروي وفيه نظر لان
كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم
يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاعراض
مع اتحاد الاصل كالمروي مع المروي اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف
الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة
في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول ق ـ وكذا اهل الدقل مجل العنب الدقل هو اردي الثمرة
وبيع خله بجل العنب متفاضلا جايز يدا بيد وكذا فلهم سايرا التمور ولما كانوا يجعلون الخل من
الدقل غالبا اصرح الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل بالاختلاف بين اصليهما ولهذا كان
عصيرهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف
المقاصد فجاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل في الصنعة
في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود
فيها ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال والعباء والمسوح والصوف يتخذ منه البسط واللحاف الا يقال
لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد
فكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يصير جبنا لا يصير لبن الغنم فلا يتحد المقصود منهما
والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود
يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع
الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف
المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يجارضه اتحاد الاصل فيسقط
ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان
فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح ق ـ وكذا سمح

البطن بالاليه او بالشحم بيع شحم البطن بالاليه او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة
لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة هي
ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف
المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لامحاله واما اختلاف المنافع فكقوله
الطب ق ـ ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونها تقديرا وحال
كون احدهما تقدا والاخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا او موزونا فخرج عن
كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النفي لانه
نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الجواز وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحنطة
والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم في موزون في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما
ذكر قال المصنف والفتوى على قول ابي يوسف وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جايز في
الصحيح يعني قول ابي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض
حتى يقبض من الجنس الذي سمى ليلا يصير اسيدا لابي المسلم فيه قبل القبض وآخر شيء استقرضه عند
ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز في حدة الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخيار
باعتبار حدقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيه خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه او بالعكس
والحاضر فانه في اول التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز
استقراضه عددا او وزنا تولد قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا
للتفاوت في احاده ق ـ ولا ربا بين المولى وعبده لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي
لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا فعدم
تحقق الربوا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا دليل على عدم جواز
البيع واذا كان عليه دين بقدر ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان كان
ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه ه
ق ـ ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولا ربوا فيما بين المسلم والحربي في دار الحرب عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من
اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا
دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز لحاجة عتق الفضل الحاصل عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي
حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع
من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بدل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي لاجله قوله
بخلاف المستأمن جوابه عن قياسها وتقرير امان المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله لانه صار ه

تحقق الربا ح

محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة **باب الحقوق**

قيل كان من حق مسايل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسايله وهنا كذا هكذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيطلبون ذكرها بعد ذكر مسايل المبيوع قال **ومن اشترى منزلا فوقه منزل وذكر ملاصقه اسما للمنزل** والبيت والدار وفسره يستبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على الحقوق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما اذى عليه الحدود والبيت اسم لما فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشترط بصريح بذكر احدى هذه العبارات الثلث ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيت فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا لحدودها ولم يذكر شيا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان الدار لما كان اسما لما اذى عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل وابعضوا به دخل فيه والبيت لما بنيت فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا باشتمال يذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فانه ان يعبر فيما لا يختلف بالاختلاف المستعمل والمكان يختلف لانه ان بكاتب لان المراد باتباعه ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت اللفظ لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكاتبة وذلك فان لفظ المعلوم اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك شيا يختلف بالاختلاف المستعمل حذار وقوع الغير به والمكاتب لما اقتضى بكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابه عبده تثبت الى ما يوصله الى ذلك فكانت جايزه واما المنزل فلما كان سببا بكل منهما اخذ شبها من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا لا يدخل العلو في جميع ذلك الدار والبيت والمنزل لان كل بيت سمي خانه ولا يخلو عن علو وفيه فضول لان الخلو عن علو لم يكن له معقل في الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو من علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول مشتركا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون امر طريقه على الدار المبيعة والطريق الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومعقد في الدرر كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقول الفقها ظلة الدار يريدون الشرفة التي فوق الباب الاكبر على ما ذكرنا وهو قول ابي حنيفة لانه جعلها تبعا للطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحا في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحا في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لانه جعل الفتح في الدار قال **ومن اشترى بيتا في دار او حانوتا او مسكنا او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات**

المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لانها خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع الى بقوله كل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق تدخل في استحقاق الدور والمسيل والشرب في استيجار الارض وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتملك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهور الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق فاذا استاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفايدة المطلوبة منه واما البيع فلتملك العين لا المنفعة ولهذا جاز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهور والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد او تاويل المذكور وقد يستاجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فجعلت الفايدة المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قال ومن اشترى جارية فولدت** عنده لاباقل استيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها واذا اقر المشتري بها اولا لم يثبتها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يحل البيع يرجع المشتري بالثمن على البايع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها وتنزع عنها وهي مملوكة فتكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير فيثبت بالملك في الجزء به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الاتصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البايع بالثمن والباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الدعوة له كذا في النهاية نقلا عن المبسوط ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضا بالام تبعا ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضا بالولد على حدة لانه يوم القضا منفصل عن الام فكان مستندا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسايل لم تدخل الزوايد

تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان رجل غايب فاقضا بالام لا يكون قضا بالولد **قال ومن اشترى عبدا فاذا** هو حر رجل قال لآخر اشتريتني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة واما ان يكون غايبا غيبة منقطعة لا يدري اين هو فان كان الاول فلا سبيل للعبد على البايع وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البايع وان لم يقل اشتريتني وقال ذلك ولم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قوله وان قال ارتهنني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المولى على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضرا او غايبا اي غيبة كانت وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منها بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال لاجنبي ذلك وقال ارتهنني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شراه على امر به بقوله اشتريني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فحين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء

شبكة الألوكة www.alukah.net

رامر الغير واقراره معتبر من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل
سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي فعدا نبت
له في التجارة فيما يعود بلحقه ديون ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بما لحقهم بقدر قيمته بحكم
الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد مظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند
تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر لا لانه مال لا نعرف حكا نحو قوله والبيع عقد معاوضة
انما صح بهمع كونه معاوضا من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للوجوب بعمل الرهن واهتماما بما يجب
اختصاص موجبه الغرور بالضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق
فقال له سلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المجيب شيأ لما
انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه
غرورا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة
لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن بدل الصرف والسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان
معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يحصل الامر
به ضمان للسلامة او بخلاف الاجنبي لانه لم يغره بقوله فلا يتحقق الغرور ثم وضع المسئلة ضرب
اشكالا على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد والتناقض يفسد الدعوى
والعبد بعد ما قال اشتريت فاني عبد اما ان يدعي الحرية اولا والاول تناقض والثاني يتنفي بالجواب
ان قول محمد رحمه الله فاذا العبد حر يحمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان كان المراد الاول
فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشائخ ان الدعوى ليس بشرط فيما عنده فتضمنه يحرما فرج الامر ان
الشهود في شهادتهم يحتاجون الى تعيير الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اولادها وبانتفائها فانه اذا كان
حرا الاصل كان فرج الامر على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط
كما في سائر الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشائخ ان
الدعوى وان كانت شرطا في حرمة الاصل ايضا عنده لكنه تعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل
ما كان مبناه على الخفا فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال
التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الحقوق لسانه على الخفا اذا المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد عتاقه
لم يعلم بعد ذلك لا تحتلعه تهم البينة على الطلقات الثلاث قبل الطلق فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد
بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الطلق ثم علمت وانما قيد بالثلث لان لهما دونه امكان ان يعلم الزوج عنه
انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن
ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يسترد ان بدل الطلق والكتابة
بعد اقامتهما البينة على ما ادعياه قال ومن ادعى كرما ومن ادعى خفا مجهولا في دار يد رجل
فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار او ادعاها منهم ليرجع بشيء لان المدعي ان يقول دعواي
في هذا الباقي وان ادعى كل واحد منهما صالحه على مائة فاشتهى منها شيء رجع بحسابه اذا التوفيق تغير ممكن والمائة
كانت بدلا عن كل الدار وهم سلم فتقسيم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان

شرط الحرية ع

خفاء

الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا يفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا
على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا يصلح للجهالة فصار لهذا
لا تقبل البينة عليه ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب لا استحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة مثل
صورة الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك لغير
اذني فهو بين بيع الفضولي والفضولي منضم اليه لا لغرور الفضل الزيادة وقد غلب حكمها لا خير فيه
وقيل ليس بشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل ولا ولي تصرف
ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز
البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية
عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانه بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم
يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بقدرة الشرعية ولنا انه تصرف
تملك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تملك من قبل اضافة العام
الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تملك ولا يقل تملك من غير المالك لا يتصور
فان قيل تصرف التملك شرع لاجل التملك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد
التصرف التملك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا
لما نذكر افاد حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغوا او اقل عن
الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل
والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وما بعدام كون المعاقد في المحل لا يعدم المالية
والتقوم الا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب الضمان
بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر
في ذلك لاحد من المالك والعاقد بن اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث
يكتفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن اللغو واما المشتري
فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد
اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع
فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنتف بل هو الضرر بعدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله
عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم لانه روي ان بيع الابق والطير في الهوى
لا يجوز مع وجود الملك فيهما والجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل
والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل
على ذلك ما روينا في اول كتاب الوكالة فانه حدثنا ابو هيثم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال
حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء شاة ودينار فدعا

لان التملك

الفضولي

النبي صلى الله عليه وسلم في بيعة البركة فكان لو اشتري تراباً زج يقال عروة الباوقي كان وكيلا
مطلقاً بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه عليه السلام امره ان
يشتري له اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي لبيعه او لا اجيب بان
فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت
لاجله او قال المالك ابتعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان
قال اشتريت بنفسك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين
لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه
ظاهرا فلا حاجة الى الاتفاق على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته ويحتمد
ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الاتفاق على رضا
الغير والى هذا الوجه اشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة قوله وله اي
للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي ما ان بيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي
والوزني الموصوف بغير عينه واما ان بيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان
المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر ان الاجازة
تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك اما انه في يد الفضولي وان
كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة
اللاحقة اجازة العقد بان ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لاجازة عقد لان العقد لازم على
الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان
عوضا صار البائع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما
ان للمالك الفسخ فكذا الكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي لما ان يحترز
عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه
وهو فيه معبر فاذا ابطل فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة لم يصح
ولو هلك للمالك ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة
الوارث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوج امة لرجل فضولا بغير اذنه فماتت
المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه
فضولية ويوقف حكمها على اجازت الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل الثابت على
الحل الموقوف لانه ببطله وههنا لم يطرأ للوارث حل ثابت لكونها موطوءة الاب فوقف دفعا
للضرر عن الوارث اذ هو قايم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز
المالك في حياته ولم يعلم حال البيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف اولا
وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان
الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى

طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب
بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن
وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة (قوله ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قيل جرت
المحاورة في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عوض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف
ما رويت لكن عن ابي حنيفة رحمه الله ان العتق جايز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل
رويت ان العتق جايز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري
فاجاز المولى البيع فالعتق جايز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما ثبت في الاخره فهو مستند وهو
ثابت منى وجد دون وجد وذلك غير مصحح للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول
عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جايز وليس الملك فيه كاملا لان
محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله المرام بفروع يؤنس ذلك
وهو قوله ولهذا لا يصح ان تعتق الغاصبة ثم عودك الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق
بدون الملك وقوله ولان عتق المشتري في الخيار للبائع لم يجز البائع وهو راجع الى قوله
والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لو رجع بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب
اذا باع من آخر ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي
ان يكون كذلك مع ان البيع اسقط نفاذا من العتق الاول ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ
بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسقط نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وهو
وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان وانما ان الملك فيه ثبت
موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود
المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف
فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن
بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبد آمن التركة وهي مستغرقة
بالدين فانه يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا
ابعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله لاستظهاره به واحترز بقوله المطلق عن بيع بشرط الخيار
وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب
محمد عن المسايل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع
لافادة الملك قال في النهاية وفي هذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع
لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك
لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام
التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال هذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند

حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع
دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا اثبات للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك
ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدرنا في كلام المصنف مضاف اي بغير موضوع
لافادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي في
حكم الملك والغصب بقيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسئلة
الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد
نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يكون
في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب
عن الثالثة ووجهه ما قاله لان بالاجازة ثبت للبائع ملك باتّ فاذا طرأ على ملك موقوف
لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين
الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جايزا وان طرأ الملك الذي
ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتري منه وهو موقوف الثاني ان طرو
الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف ان الدفع اسهل من الرفع
لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك باتّ فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي
وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى
ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق الملك بل يوجد مثل الفضولي
والمنع انما يكون بعد الوجود اما الملك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك باتّ
فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما
يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك البات يبطل
الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السوال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان
جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه
لا ينفذ بل ينفذ كما ذكر هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالحق
اولى قال المصنف هو الاصح ولئن سلم فمقول هناك ان المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة
الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما
يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المخبر كان مالكا له حقيقة فيملك اثبات حقيقة الملك
للمشتري من وقت العقد وقوله واذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ
المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قدم للمشتري من
وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد فكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك للمالك وهو
حي المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الابتداء
كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث
للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه

الى الملك ح

بقي متقوما فيها والكسب والارش والولد لا يملكه لا بملك الاصل واعترض بما اذا
غصب عبدا فقطع يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون
وما لو قال لامراة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح
التفويض دون التطليق وان ثبت الملك له من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول
بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش
لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء ان جعل معلقا
بالشرط لا سببا من وقت وجوده ليلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع
ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متاخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك
من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير
كانه وجد الان ولا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذا اي كون الارش للمشتري حجة على محمد
في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش
عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر الى الجواب له عن هذه
الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد
رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش
للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع
على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به
يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان الصحيح للاعتاق
هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر اشاره الى قوله والصحيح للاعتاق
هو الملك الكامل وهذا اقرب وتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش
اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة
الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وفيه شبهة عدم الملك لان الملك تثبت
يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل
به وفي الكافي ان لم يكن البيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزايد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن
لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك
لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون
وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاقوال [illegible] فان باعه المشتري
من آخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني
لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك باتّ والملك البات اذا طرا على ملك موقوف لغيره
ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل
هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما

في يد المشتري ح

وان لاحرومع ذلك انعقد بيع الغاصب والمغنوبي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ
في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر
الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بما لايقال الغرر يحرم فيرجح لان المعتبر
في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو انه لا
يصح بيع اصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بعلاك المبيع قبل القبض واما
غررا لانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا اخر
فيتجرد البيع الثاني عن عرضه بغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لانه لا يوثر فيه الغرر الاترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يضع لغرر الانفساخ
والاعتاق قبل القبض يصح قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه
المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل عفر اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لمجز بالاتفاق
لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل
للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بعقا البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل
لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا هلك
قبل القبض قبل الفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون البيع قايما
بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال
ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اردد البيع لانك
بعتني بغير امر صاحبه وجحد البايع ذلك فاقام المشتري البينة ان رب العبد لما باع اقر انه
لم يامر البايع ببيعه فلا تقبل بينته لانها تبتني على صحة الدعوى فان صحة الدعوى صحة البينة
والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشرا وان البايع لم يملك
البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشرا وان البايع لم يملك البيع
فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة وان اقر البايع بذلك اي بانه
باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لانه من
انكر شيا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا تسعدي الى الغير فاذا اساعده المشتري
على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المصنف رحمه الله مسلة الزيادات تقضا على
مسلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري
في ذلك ثم اقام البينة على البايع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق قبل بينته وان تناقض في
دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسلة
اي في مسلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما فلا يثبت لحق الرجوع بالثمن مع سلامة
المبيع له لان شروط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسلة الزيادات العبد المبيع في
يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق
نظر لان وضع المسلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري ولين سلمنا انه في يد المستحق

فلا يلزم قبول البينة لبقا التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على
اقرار البايع قبل البيع في مسلة الجامع الصغير فلم تسل للتناقض وفي مسلة الزيادات اقام البينة على
الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شي سواهذا
بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن بجواز ان
يكون المشتري اقدم على الشرا ولم يعلم باقرار البايع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان غاب
عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق
ماذكره المصنف على ما قررنا وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري
غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبايع فان بيع مال الغير منعقد
وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث
الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسلة الجامع الصغير لانه
لا يفيد فايدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته للكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان نصرا
اليه قال ومن باع دار الرجل قبل معناه باع عرصته غيره بغير امره وادخلها المشتري في
بنا يهدم قبل قبضها وانما قيد بالادخال في البنا اتفاقا لم يضمن البايع اي قيمة الدار عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهو مسلة غصب العقار على ما ياتي
ان شا الله تعالى باب التسليم لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض
العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وتقدم التسليم على التصرف ليكون الشرط اخيه قبض
احد العوضين فهو بمنزلة للمفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن وفي
اصطلاح الفقها هو اخذ عاجل باجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقتصرت به زيادة شرايط
ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن موجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لاندفع
ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة
او اسلفت فقال الاخر قبلت ونحو هذا رب السلم والاخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب
من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرايط جوازه ستذكر في اثنا كلامه ان شا الله قال
السلم عقد مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين موجل فاكتبوه
وفايدة قوله مسمى الاعلام ان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روي عن
ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيه اي في السلف على ما ويل
المداينة اطول اية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الاية فان قيل
استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ تناوله فكان الاستدلال به وقوله
المضمون صفة مقدرة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب
في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص

في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص
قال ... وهو جايز في المكيلات والموزونات السلم جايز في المكيلات والموزونات لقوله
صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب يصرف
الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لامحاله فان قيل من اسلم شرطيه وهو لا يقتضي الجواز كما في
قوله تعالى فان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود
السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد به
بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح
السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا للمقصود المتعاقدين بقدر
الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش
رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن ان يجعل
بيع حنطه بدراهم موجله بناء على انه قصد اصلا به الحنطه بالدراهم واما اذا كان كلاهما
من الاثمان بان اسلم عشرة في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح
لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان
لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطه تصحيح في غيرما اوجباه فيه فلا
يكون صحيحا ... وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وجواز السلم في المكيلات
والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان
ضبط الصفه ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بها وعلى هذا التقدير سقط ما قيل
السلم انما يلحق غيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل او الموزون كذلك
تفاوتا فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المثلي هو
ما ذكرنا ان الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة
لا تعمل اذا عارضها عباره وقد عارضها قوله لا بيع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات
والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا بيع لي فالجواب انا لا نسلم
صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان اقتران شرطه وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام
مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربه
وهي التي لا تتفاوت احادها كالجوز والبيض لان العددي المتفاوت معلوم مضبوط
الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا
بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه
قل ما يباع جوز بفلس واخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف الطبخ والرمان لانه يتفاوت
احاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتفاوت عن المتفاوت تفاوت
الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله ويويده ذلك ما روي
عن ابي حنيفة رحمه الله ان السلم لا يجوز في بيض النعامه لاتفاوت احاده في المالية ثم لما جوز

السلم فيها اي في المعدودات المتقاربه عددا جوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي
لا كيلي وعندنا انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار مره يعرف بالعد
واخرى بالكيل فامكن الضبط بها فيكون جايزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره
والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا الى يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره
في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفه وابي يوسف واما
عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والتسليم في الاثمان لا يجوز ولهما ان التثنيه في حق المتعاقدين
ثابته باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا ابطلت التحقت
صارت ثمنا بتعيين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة بيع الفلس
بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القايل يحتاج الى الفرق
بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقتداءهما على السلم
يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان
بيع الاثمان بعضها ببعض جايز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي
ثمنا كما كان وضد بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما
ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بالاتفاق والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت
والعراب والصفه كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه البياض
وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز
الجيش الى اجل وانه عليه السلام استعرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من
الاستعراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطتم لم تنعدم تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنه فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكوره ويرتقي ثمن
احدهما زيادة فاحشه للمعاني الباطنه فيفضي الى المنازعه المنافيه لوضع الاسباب بخلاف
البياض لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير
ببعيرين كان في اول بروز اية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيهما
وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الالات كان من دار الحرب لعوزها في دار
الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من
ابل الصدقه والصدقه حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز ان يكون
اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنه لا يوجد في العصافير والحمام
التي توكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير
مضبوط فانه يجوز في الدباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط
الدباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتابع فيه هو الموصوف
منه فلا يتصل محل النزاع لان محمد بن الحسن رحمه الله ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله

شبكة الألوكة www.alukah.net

عنه دفع ما لا مضاربة الى زيد بن خليده فاسلمها زيد الى عمر بن بكر وديعة في قلايص معلومة فقال ابن مسعود اردد ما لنا ولا سلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلايص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور يقول لو لنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة فا — وفي اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدور له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فمقتضى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي يجوز لم يجز عدا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين الجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ ولا في الحطب جزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جزز اجيم مضمومة بعدها زاي مفتوحة، وراو هي القضبة من الفت ونحو الملفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندها وهذا يتقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصره وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجود عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جايز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه السلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والتسليم وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان العقد موجودا كفى مؤونة الحديث واذا لم يوجد عند المحل كان مقدورا التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا سمى العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كما وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فسعي ولجب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فسعي فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده كاملا له ووجوده شرط هو وجود المسلم فيه كذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالمسلم مخير على حاله وربّ السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف

الزوال

الزوال فصار كالباقي المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقايا كالعبد الابق وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه يتيسر ممكن بالزوال عادة فكان الفائت فاسدا

السلم في السمك

قال — ويجوز السلم في السمك المالح عدد الاجور طريا كان او مالحا للتفاوت وروينا اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم ككونه مضبوط القدر والوصف مقدورا التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة ردية وهو المتعدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الواحر بصريه تزوجت بصريا يطعمها المالح الطريا لانه مولد لا يوخذ بلغته قال الامام الزرنوجي كي بذلك حجة للفقها قال — واجيز في السلم في اللحم جزرا كثره ونعت في سياق النفي فتفيد نفي انواع الجزر بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تامل لانه انما لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تعتني ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جايز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يعتني ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع في التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه ما ذهب شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التامل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ولا يرى انه يجري المماكسة بين البايع والمشتري في ذلك بالتدبير والنوع فكان المقصود مجهولا لجهالة بعض الى المنازعة ولا يرتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن سماعة والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وفصول الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا موجلا ولا يدري انه عند المحل على اي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا يرتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في نخاع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قوله ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من

الذمة لان فيه رعاية الصورة و المعنى والقبض بعاين يعني ان الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا تفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به [illegible] ولا يجوز السلم الا موجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله استدل بالطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام الى اجل معلوم مشروط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما موجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول و الحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مفيد فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا و وزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن ان كان وزنيا فهذا رجل اجل معلوم ان كان موجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ما ولا ضرورة في التقدير في الاجل لانا نقول العمل بالدليلين ضرورة فيحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وبجائز ان تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتامل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس يحرم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد وان ثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم حالا ليس كذلك لان دفع الحاجة بعقد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال اولا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فينبغي ان لا يجوز وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل المسلم والا ادى الى النزاع المحوج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز ممن عنده الدراهم حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر

ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما رويناه وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذاك يوديه في بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف لا يقضي دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر يبر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا لخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدور وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والموجل ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا سقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والموجل ما يتاخر قبضه عن المجلس وان بقي المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح كونه مدة تحصيل المسلم فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يبيع السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في

السلم متاخر فربما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض متحقق فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب ونحوها اما اذا كان مما ينقبض بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعليلا بفتح الفاء ليس من ابنية الجواب والجوب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسن في قرب الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القرية من ماء النهر قال [illegible] وفي طعام قرية بعينها او نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمر نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس يعرو من آفة موهوم فينتفي القدرة على التسليم اشار اليه في الجامع الصغير صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمرة فلان اما من ثمرة حائط فلان فلا اراك لو اذهب الله الثمن بعد ما تستحل احد كم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به راس المال اي لو لم تحصل الثمرة فباي طريق تحل راس المال للمسلم اليه ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالحشمران بحاراوا لساجي بغرغانة جاز العقد فان تعيين الحشمران ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثل صفة حنطة الحشمران وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في صفة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي وجواز الثاني دون الاول بان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة والثابت وغيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة وكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول

قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جواز السلم موقوف على وجود سبعة شرائط عند ابي حنيفة وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقيه او بخسيه والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي سقيها السماء لانها محسوسة الخط من الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف او عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم الى اخره ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي توفيه فيه اذا كان لحمل بفتح الحاء وموئونه ومعناه ما له ثقل يحتاج الى حمله الى ظهر او اجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن

والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم
يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان
راس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اجماعا فان لم ندر عانه ولا بي حنيفة انه ربما يوجد بعض اهل الربوا
ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال يستلزم
جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه يتفق راس المال شيأ فشيأ وربما يجد بعض ذلك ربويا ولا يستبدل له
في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يتبين مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم
في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها قال او رعا وجه اخر
لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الا راس ماله واذا
كان مجهول المقدار تعذر رده فكذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بنى على الرخص اجاب المصنف
بان الموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي والقياس يخالفه الا ترى انه لو اسلم
رجل بعينه ليبر بر لتوهم هلاك ذلك المكيال وعود مالي بجهالة لا سيما على قول من اعتبر الاداء في الاجل
الكثير من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار النادر من الشبهة لان وجود بعض راس المال ربويا
فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد تترك
الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هي دون النادر عنها فالجواب حاصله ان المعتبر من
الموهوم ما هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده ربويا والاول اظهر وقوله
بخلاف الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقديره ان الثوب لا تعلق للعقد على مقداره لان
الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زايدا على المسمى سلم له الزيادة تبجانا ولو وجده ناقصا
لم يحط شيا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما تعلق العقد على مقداره فكان
قياس الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة
لا يصحان بردا الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد وسن فروع الاختلاف
في معرفة مقدار راس المال ما اذا اسلم مائة في كرحنطة وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد
منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة لان المائة ينقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته
الحزر فلا يكون مقدار راس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين
يكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن احدهما دون
الاخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا تبطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز
وفي حصة الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وعلا
المسالة الثانية ان مكان العقد يتعين في الاثمان لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك
يتعين كما في بيع حنطة او شعير بعينها فان تسليم يجب في موضع العقد وانه لا يزاحمه مكان اخر لعدم ما يوجبه
وما هو كذلك متعين كاول اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه
وقد عرف في موضعه وصار كالغرض والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو
في السواد فانه رد ل عن محمد ان المشتري ان كان يعلم موضع الطعام فالخيار له وان لم يعلم فلا خيار

ولو تبين بخلافه كما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان
معلوما ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل
العقد ببيان مكان اخر كما في بيع العين فان من اشترى كرحنطة وشرط على البايع الحمل الى
منزله يفسد عقده اشتراها في المصر او خارجه جنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض انما
كان البيع لتعيين للتسليم اذا كان البيع حاضرا والبيع في السلم حاضر لانه في مدة المسلم اليه وهو حاضر
في مكان العقد فيكون البيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر التعليل ومثله بعد انتقاضه
وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صحيح يخالفها يبطلها وانما يفسد في بيع العين لانه
قابل الثمن للبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم معا غير واجب
في الحال لاشتراط الاجل للاتفاق وكل ما هو تسليم غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم
لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم لنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على
طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه لنفس الالتزام لكونه موجبا بخلاف العوض والغصب والاستهلاك
فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارايت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة
البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان
العقد لم يتعين للايفاء فمكان الايفاء مجهول لجهالة تفضي الى المنازعة لان في الاشياء تختلف
باختلاف الاماكن وقد السلم طالبه في موضع يكثر فيه الثمن والسلم اليه يسلمه في خلافه لكن
صار كجهالة الوصف في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان ومن هذا اي مما ذكرنا ان جهالة
المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في مكان يوجب التحالف القول
عندنا كالاختلاف في الجودة والوداءة في احد البدلين وقيل على عكسه الاوجب التحالف عندنا بل
للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعيين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف
في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف
فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والسلم وصورة الثمن اشترى ثوبا بكيل
او موزون موصوف في الذمة بشرط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما وتعين في اجارة الدار
مكانها وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسام دارا واحدا احدهما اكثر من
نصيبه والقوم في مقابلة الزايد مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء
خلافا لهما وتعين مكان القسمة قال ومن لم يكن له حمل ومونة لا يحتاج فيه الى بيان مكان
الايفاء قد تقدم بيان ما له حمل ومونة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومونة وقيل ما لم يكن له حمل
ومونة هو الذي لو امر انسانا بحمله سيارا بحيث لا يجلس لقضاء حمله جاز وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة
واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين
مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبموجب الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح
على غيره وذكر في الاجارات ان فيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا
تختلف باختلاف الاماكن فيه هو لو لا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد صورة

وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين للمصر فيما له حمل ومؤنة ملكتي به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحل وقيل فيما ذكرنا من المسايل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقبل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال ولا يصح حتى يقبض راس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لو كانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم ينعقد ما لم يتفرقا عن مجلس قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان راس المال من العقود فلان افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اى النسيه بالنسيه وان كان عينا فلان السلم والاسلاف ينبيان عن التعجيل والسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحواله والكفاله فانها عقود ثبتت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العرو من تتعين في العقود فيترك شرط التعجيل لم يود الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم راس المال لينقلب الى تصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اى ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا عن الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرويه لكونه غير مفيد لان فايدته افسخ عند الرويه والواجب بعقد السلم الدين وما اعوزه عين فلو رد الماخوذ على الي ما في ذمته فيفوت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا نهاية فاذا لم يفد فايدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فايدته لان العقد ينفسخ عند الرويه اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ قيل فيه سكان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرويه ثابت في راس المال صرح به في المحيط وقال لا يفسد به السلم والى الثاني لانتقاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان احسما والثاني ان البيع في الاستصناع دين وقد ذكر ذلك للمستصنع خيار الرويه والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى راس المال وهو ان كان دينا في الذمة سلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا يفيد لانتفاء الى التهمه وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما يجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون راس المال قايما او هالكا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداه براس مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب بانه انما يتشكك فيه غير مسمى وان كان

الاول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جايزا عندنا خلافا لرحمه الله قال وجملة الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام راس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد بالسلم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تعجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو لا ينقطع كما بينا فان اسلم مايتي درهم في كر حنطه ماية منها دين على المسلم اليه ومايتان نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء الحق المايتين ابتداء او اضاف احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرايطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طاري اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان الحاق ثم جعلا الماية من راس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا ترى انه لو باع عينا بدين ثم تقاصا قال لا دين لا يبطل البيع حتى لم يتعين الدين فصح العقد صحيحا فبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله ما يد منها دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمالك في حصتها قال ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في راس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا باس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالمعين المشتري فراس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مرابحه وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذاك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا اخر في المسلم فيه ولا التوليه وصورتها ظاهرة والمخصصها بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانها التزود فيرعا من المرابحه والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التوليه جايزه لانها اقامة معروف فانه يولى بغير ما تولى فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلما او راس مالك يعني حالا بقاء وعند الفسخ وهذا مضى في ذلك ولانه اخذ سبيلها بالبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الفسخ والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صلاح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيها هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يكون ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالبيع والبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبل راس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لانه اى لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني

بالضرورة وان شيء بالتثنية وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي
بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال
لان راس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد ولكن المصنف
دفع وهم من يتوهم نظرا الى كونه راس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في صورة الدليل على انقلابه
معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي راس مال لوجب كان ادق على طريقة قوله في اول الكتاب وبجوز باي
لسان كان سوا الفارسية وهي طريقة قوله ولا يجب فيهم غير ان سيوفهم بعض فاول من فراغ الكتاب
وقوله وفيه اي في جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر هو يقول راس المال بعد الاقالة
صار دينا في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بغير الدين جاز بهذا الدين والحجة عليه
ما ذكرناه من الحديث والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل دعا رجل المسلم في كر من الحنطة وهو
سنون فقيرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه فقاصه حتى لم يكن
قصاص حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امر ان يقبضه لاجل المسلم
اليه ثم لنفسه فاكاله له ثم اكاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان تشترط الكيل لاولى صفقة
المسلم اليه مع بايعه والثانية صفقته مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه
وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب
المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما مر في قوله والسلم وان كان سابقا بجواب
عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على بيع المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه تابعا
بعد الدين فلم تتحقق الصفقة الثانية لمدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض
المسلم فيه لاجل حق قبض المسلم فيه سنزله ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو عين الدين
حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيما وراءه كالبيع
يتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان المقبوض
قاصه المستقرض المقترض بقبض الكر فعل جائز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة وتجب
اعارة لزوم تمليك الشيء بجنسه نسيه وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير
لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا كما فلا تجتمع الصفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من
رجل وامر رب السلم بقبضه كفى فيه كيل واحد قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم رجلا اسلم
في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرايره رب السلم فعمل وهواي رب السلم غايب ولم يبق له
في غرايره طعام فانه لا يكون قصاصا فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك
الامر اذ حقه في الدين لا في العين فلا يصير الامر به قابضا هو الذي كان ماذونا به وفي عبارة المصنف
تسامح لانه حكم يكون الخلط غير مرضي به صورة واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية
بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة اللام
فكانه قال ولا يسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري
بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ومن اسلم
جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقابلا فماتت الجارية في

يملكه بالبيع فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحن للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري
وان امره ان يبيعه في الحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال
المشتري وليس في ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحة الامر موقوفة على الملك فلولا
انه ملك بما صح امره وبجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر
قد صح يكفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البايع ثابت عنه في الكيل فان قيل البايع
مسلم فكيف تكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في
عواير المشتري فلا تكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكفي
كيل واحد لمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري
فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري البايع ان
يكيله في غرايره البايع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلا تصير
الغراير في يده لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان
يكيله ويجعله في ناحية من بيت البايع لان البيت بتواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير
لم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى
من المسلم اليه كرا اخر بعينه ودفع غرايره اليه ليحل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشترى
فيها فلا يخلو من ان يجعل اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لها جميعا
اما العين فلصحة الامر فيه لصادفته الملك فكان فعل المامور كفعل الامر وورد بانه لا يصلح
ناسا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا
واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت الملك القبض كما يستقرض
حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف
دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والصبغ اتصالا لا يملك المتاجر ولم يصر قابضا لان المعقود
عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا
وان كان الاول لم يصر قابضا اما الذي لعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في
الدين لا في العين وهذا عين فكان المامور بحمله في الغرايره متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله
كفعل الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ العقد
فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينفسخ البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن
المشتري لان الخلط على وجه يصير الامر به قابضا هو الذي كان ماذونا به وفي عبارة المصنف
تسامح لانه حكم يكون الخلط غير مرضي به صورة واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية
بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة اللام
فكانه قال ولا يسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري
بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ومن اسلم
جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقابلا فماتت الجارية في

يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم يبطل الاقالة بهلاكها لانها لو تقابلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فيجب الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيرد عينها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قايما فلا يرد ما قبل الجارية قد هلكت والمسلم فيه مستوفا بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حتى بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر يحتاج الى شرح قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان منهما منكرا فهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت ردیا وقال رب السلم لم تشرط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف فالظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كالظاهر شاهد للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم فيه يربو على رأس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيء وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة للمدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم وشدة تحرزهم عن الغرر في البياعات وكثرة رغبتهم في المجادلة الراجحة معدودون على السلم مع استغنائهم عن السلم فيه في الحال الواهنة وذلك قوي دليل على ان ربح المسلم فيه وان كان ربحا والاعتبار للمعاني دون الصور فمنكر الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد بما نذكره بعدة لطول القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانه استعمل للبعد والمطابق وتعريره ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه لانه هو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول

للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لامكان الاجتهاد فان المسلم الحال جايز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عندنا غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد اصرروا اختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهر الجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرايطه والاجل من شرايط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في بعض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها يقع الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد اخر خلافه ووحده العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبارا لاختلاف للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو بينا قبح فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولانه تبين في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوجوب باللزوم لانه بالفساد يتهيأ عقدا اخر وعن غيرها بغير اللزوم لانفلابه عقدا اخر عند الاختلاف فان قيل هذا الحرف الذي ذكرتم في المضاربة يشكل لما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنيا على اتفاق وجود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وجد اعليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار لعدم الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمايه على ما سياتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجمهر المفلح موعد فاب ويجوز السلم في الثياب جايزا ذا بين الطول والعرض والرقعة بقال رقعة الثوب جيد يراد غلظه ونخانته لانه اسلم في معلوم معدود والتسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم لطوح لا بد من بيان

وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لاختلاف الدواة في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله شرط الوزن في الجواري وما يختلف بالثقل والخفة قال — ويجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت احاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لانه يجوز فيه السلم لا فضاء به الى النزاع وفي الذي يتفاوت احاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من صنف واحد وفي صغار اللوز التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا باس بالسلم في اللبن والاجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا انتهى الملبن صار التفاوت بين لبنة ولبنة يسيرا فيكون ساقطا لاعتبار فيفضي بالعقد الى التعارب قال — وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفرع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو بعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع ليس بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمعقود معرفة المسايل الجزئية فتقدم الفروع ثم تذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا باس بالسلم في طستا وقمقما او حفين او نحو ذلك اذا اوصف فيها شرائط السلم والا فلا لعدم فيه اي لا يجوز لان الجواز خير منتفي قال — وان استصنع شيأ من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجيء انسان الى الصانع فيقول اصنع لي شيأ صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضه اولا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون ربما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيأ من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وحفين اولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما يجيء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك الانسان ورخص في السلم هذا وليس بسلم لانه لا يضرب له اجل اليه اشار بقوله بغير اجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في ساير الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا شركة بالمزارعة فانه فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة تنعقد العقد بالمعاطاة اذا جاء به مفوقا ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة انه اسماه وفي الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحايك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيطه له قميصا بكر باس من عضو والمواعد يجوز في الكل وثبوت

الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا اتيا بما عرضا بعرض ولم يوكل واحد منهما ما اشتراه فان الملك لواحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل لم يجز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا لجواز الصلوات ليلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مغصوبا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز فيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل ويعترض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكره في جامع قاضيخان واجيب بان الاستصناع شبيها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبيها بالبيع من حيث ان المعقود منه العين المستصنع قلت شبهه بالاجارة فلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس ٥ والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصنع العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة بحتة اجيب بان الصنع اصل والصبغ التة فكان المقصود فيه العمل وذا كان اجارة وردت على العمل في عين المستاجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة فحكم واحدا لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وعذا كله اي كونه سعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال — وهو بالخيار ان اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه شراء ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فحمل على العمل لانه بايع بايع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله سعا لا عدة وعن ابي حنيفة انه له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصوم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصوم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا ترى ان الواحد اذا استصنع منبرا ولم ياخذه فالصانع لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك الجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا فلا يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام على قول جميع المجتهدين والجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في خياره اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة حرم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان

لها الخيار ويطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد
لاقامة الدين منها ولا يجوز بيعه لانه استصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والتمصان
انقاله على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز
عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما
اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل
الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان
ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الصدر ابي ان ذكر المدة ان كان من قبل
المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال
وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لما في الخلافية ان اللفظ حقيقة الاستصناع
وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر
الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد
اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم
الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وتقريره لانسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان
ذكر الاجل اذا خلا في حين الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جواز بالاجماع
بلا شبهة فيه وفي تعاملهم لاستصناع نوع شبهة نريد به ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة
ولان السلم ثابت بانه المد اينو السنه دون الاستصناع مسايلها منثورة ابهذه
مسايل من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم يذكرتمه فاستدركت بذكرها ههنا ق
وبجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جايز معلما كان او غير
معلم بخلاف رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه الحراسة والاصطياد ٥
فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به
بغيره الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويحير عن
الحامي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح
لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وامر بقتله قلنا كان قبل ورود
الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او الماشيه او للزرع وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب
لقوله عليه السلام ان من السحت ثمن البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزنا يقال
بغت فاعل وتركنا الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة تجاسة
سوره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بحرمان المحل جواز البيع
باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد وماشيه وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان
المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب
بان ذكر الاخص لابطال شمول العام الذي هو مدعي الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار

بوجه اية عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب
باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الاثار عن يونس عن
ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبدالله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله
رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم
وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه ينتفع به حراسة
واصطيادا الخ وشرفكان مالا يجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب
لا بعينه وذلك لا يدل على ماليه عينه كالاجارة يجوز بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني
ان شعور الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب
يقع سببا لملك العين لا قصدا في المنفعة الاولى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى
مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامه وجميع ما لا يوكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم
العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الحرز لا يدل على رفع
الحرمة فيما حرمها كاباحة لحمه حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في العهد
والتمر والذئب بخلاف العوام المودية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها
قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي
عن ابرهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم
مرخيص فانهم كانوا اقتنوا الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها
فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تخفيفا للزجر عن العادة المالوفة
ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي
كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن الحقيقة
لا يكون الا في المبايعة قوله ولانسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع
فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس بنجس العين كذلك فلو سلم فيحرم التناول
دون العين كالسرقين عندنا على ما يجيء ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير
للمسلم غير جايز يعني انه باطل وتقدم وقوعها بيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع ٥
واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد
في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى باعامير
كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدي اليه في العام الذي حرمت
فيه الخمر كما كان يهدي فقال النبي عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا بيع بين اهل الذمة الربوا والا بيع
الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدراهم بالدراهم بيدا ولا نسيئة ولا
الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا متماثلا يدا بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا
كان صنفا واحدا هم في البيع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله

عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون
يعني بالمعاملات بالاتفاق يحتاجون الى ما سبق به تقويمهم كالمسلمين ولا سبيل الا بالطعام
بالثياب والكسوة والسكنى ولتحصل هذه الاشيا الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها
البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليها كالعقد على العصير
والشاة في كونها اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل لذلك
قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم ما هؤلاء الذين بلغني انكم تأخذون في الجزية
الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن
منه قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان عمورته ان يطلبه انسان من آخر شرى عبده
بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمايه والمشترى لا يرغب فيه الا بالف فجي آخر ويقول للصاحب
العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمايه سوى الالف فهو جايز ويأخذ
الالف من المشتري وخمسمايه من الضامن وان لم يحل من الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء على
الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار ان الزيادة في الثمن والمثمن جايزة عندنا
ويلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله اذ الالحاق يعتبر للعقد من وصف مشروع
الى وصف مشروع وهو كونه عدلا خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيأ بان
زاد في الثمن وهو ساوى المبيع بدونها لما فصل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك
المراة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة صورة
وان فات معنى لتخرج عن خبر الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار
ذكر خمسمايه من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان
واعترض بانه وجد الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان
خمسمايه ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق
الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والبيع لغيره فكذلك الزيادة والكفالة تساوي
في اصل المسألة يعني من هذه الاسوله والجواب عنها والاساس بتكرارها وذلك للتحقيق فان ورود السوال
اذا كان بعوض اصل الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان فصول الثمن قد تستغني عن ان يقابل
بالمال لجواز الحجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا
كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فيكون الزيادة تملكا على المشتري تابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز
ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك فطلبت ممن التزمه لا غير والملتزم مما لم فيه
الاجنبي يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان
يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وصيغة لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز
ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمايه بالالف واللام في المضاف دون المضاف
اليه وقيل لا خلاف في استثنائه وقال ابن حصور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل
اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسة بل الحرفي المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس

خمسمايه ... ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم
يقبضها حتى زوجها برجل فوطيها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية الانكاح
وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثبت ما نع عن الجواز لان المنع عن التصرف في
المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح
ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان
فعله كفعله وان لم يطأها الزوج فليس اي مجرد التزويج قبضا استحسانا وفي القياس
هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري
لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري
اذا عيب المعتق عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد
وفقء العين وجه الاستحسان ان في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل بانصال فعل منه
اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للماليه
وانها للملك ولهذا يثبت له الولا ومن ضرورته ان يصير قابضا ... ومن اشترى
عبدا فغاب المشتري رجلا اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب
البايع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينه دفعا للتهمه فاذا اقامها
فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة اولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول
البايع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد
وفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البايع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا
بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك
كان مسموعا ولو اقر به لغيره كان ملا صحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه وثبت
الملك له ناقصا على وجه يثبت الاستيفا وقد تعذر فيبعه القاضي فيه كالراهن اذا مات
فان المرتهن احق بالمرهون يباع في دينه اذا تعذر الاستيفا والمشتري اذا مات قبل قبض
المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البايع تقبل
لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات
على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث من وجه الاول ان اقامة البينة على الغايب لا يجوز لانها
تعتمد انكار الخصم وذلك من الغايب مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف
في المبيع قبل النقد وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضي الى القضا على الغايب بزوال الملك
وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم فالجواب
عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضا وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر
بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي
ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض وردبان
المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكما من جعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البايع وقد

بتسامح بتاخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبايع احيا لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضا على الغايب وانما هو قضا على الحاضر بالاقرار بما في يده ولذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق والله تعالى اعلم ثم اذا باعه فان فضل شئ يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يبيع هو اي يبيع البايع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينفذ جميع الثمن فاذا نفذه اجبر البايع على قبول نصيب الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الى الحاضر واذا احضر الغايب فللحاضر ان يرجع عليه بما نفذه لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نفذه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجبر البايع على قبول نصيب الغايب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض نصيبه مهايأة اخير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغايب اذا احضر بما نفذه لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البايع له حق الحبس ما بقي شئ منه والمضطر يرجع لغير الرهن فان من اعار شيا وجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضا دين الغير بغير امره لاضطراره في القضا وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيابه فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نفاد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضور مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينفذ نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما لحق فيه وبين ما اذا استاجر دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجر لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجر فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجر اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجر كذا ذكر الامام التمرتاشي اذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجئ قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية قال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح وبحث عليه من كل واحد منهما خمسمايه مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السوا لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس لاحدهما على الاخر فضل التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة او الرداة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيد محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه فلو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب

المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب مثاقيل خمسمايه ومن الفضة دراهم خمسمايه دراهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم وقيل ان يقوم النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال ومن له على آخر عشرة دراهم جيادا رجل له على رجل عشرة دراهم جيادا فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو قضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعي من حيث الجوده كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كميته حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهذا عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو جوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفا من حيث الاصل المقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجوده ويدار كها منفرده بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يقبضه وههنا قبضه فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقبوض الاصلي هو احياء حق صاحبه ورد الضمان عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفايده ثمة انما تبقى للغرما فكانه تضمن التسخين لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا فرخ طير في ارض رجل اذا فرخ طير في ارض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكسر فيها طبي وفي بعض النسخ تكسر فيها طبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذ بالحديث وكونه بوضع بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه للاخذ دون صاحب الارض والتكسير التستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الطير ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزا على المحرم بكسره او شيد قوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعلق بها صيد فهو للاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من الكسر والدراهم في ثيابه مما لم يكنه اي يعده الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا اعسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عد من انزاله اي من انزال الارض بتاويل المكان جمع منزل له وهو الفنا يده والفصل منه والفرق بينهما ان العسل صار قايما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالثمر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء لان العبد [illegible] الصوف بيع خاص وهو الذي يكون كل

، واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن السلم في اول السلم
وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدلته من يد الى يد والصرف هو
النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصيل
فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا يشتغ بها عينا كما ينتفع بغيرها مما يقابلها
من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان
فيه فايدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى واحل الله البيع وقوله
عليه السلام الذهب بالذهب بالحديث واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة
لغة كذا قاله الخليل فاسب ان يسمى صرفا ومنه اى من كون الصرف هو الزيادة لغة سميت
العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا
والعدل هو الفرض سمي به لكونه ادا الحق الى المستحق وشروطه على الاحوال المتفاوتة بعضها قبل الافتراق
بدا وان لا يكون فيه خيار ولا تاجيل واقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة
وبيع احدهما بالاخر وقال فان باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الاخر او اكثر
صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في
الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا حدثنا
محمد رحمه الله في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك
قال انا عمر بن الخطاب يا فاحش وابى قد حكمت صياغته فبعتني به ابيعه فاعطيت بدورنه ٥
وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا اقبل ولا بد من قبض العوضين
قبل الافتراق قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما رويناه من
قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة
على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالي
بالكالي وذلك يستلزم قبض الاخر تحقيقا للمساواة فيما تحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق
الربوا قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله لا بد قوله ولان احدهما دليل اخر وتقريره
ان احد العوضين ليس دينا بالقبض من الاخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان
كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر اطلاق ما رويناه وهو قوله عليه
السلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره قوله ولانه ان كان يتعين جواب
عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ يمس كذلك
لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين فيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقه
فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ
نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب
بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعين وتلك شبهة

زايده

زايده على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون التي نزل عنها اجيب بان عدم الجواز في ٥
المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة
فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو
مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول عمر رضي الله عنه وان وثب
من سطح فوثب معه وقصته ما روي عن ابن جبلة قال سالت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
فقلنا انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق النقال النافقه وعندهم الورق الكاسدة نبتاع
ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب
والافتراق حتى يستوفي وان وثب من سطح فوثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب
ما سئل عنه لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل للمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك
مما هو مذموم من تعليم الحيل وقد شبهما بجهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرق الابدان
وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض راس مال السلم قوله بخلاف خيار المجلس
يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المجلس مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل
خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم الجانسة ووجب
التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وزن هاء بمعنى حدومنه
قوله تعالى هلموا اقروا كما بيه قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين
يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا
صحيح بخلاف ما يقال ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو
بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز يشترط مقارنا بحالة العقد الا ان اشتراط
القبض مقارنا بحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد
على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس للعقد حكم حالة العقد كما في
الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان
موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى
ما ترك فيه من التحلي مع حصول المعقود عليه شرط البقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض
يبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف والاجل بان يقول اشتريت هذا الدرينار بهذه الدراهم
على اني بالخيار ثلاثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت
القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار يتاخر القبض الى اوان سقوط فلم يكن في الحال
مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكرنا في الشيء يموت له كذا قيل وكانه راجع الى ان
في الاول استحقاق القبض فات وفي الثاني القبض المستحق شرعا فات قوله الا اذا اسقط في المجلس
يعني منهما ان كان الخيار لهما او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا
لزفر رحمه الله وهو القياس وان اسقطا الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح

ان ح

القدوري لمختصر الكرخي وقد بشرط الخيار لان خيار العيب والرويه يثبتان في الصرف
كما في سائر العقود الا ان خيار الرويه لا يثبت الا في العين لانه لا فائدة في رده
بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله وجوز ان يكون المقبوض مثل المردود
او دونه فلا يعد الرد قايده قال ولا يجوز الصرف في ثمن الصرف قبل قبضه
التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض
العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد خلافا
والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فيصرف
العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى ذلك الصرف اذ ذاك سواء وانما
قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف
مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمنه سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه
مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وفي البيع
قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه عند
انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قبل لاسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى
بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير
اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه جوابا عما يقال
لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعين فان
المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لشرطنا قيام
الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليس في ملكهما فاستقرضا
في المجلس وافترقا عن قبض صحيح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه
واما اعتبر ثمنا بعد العقد لضرورة العقد فحصل ثمنا بعده ثم قابله فلا يشترط وجوده قبله
قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المماثلة
فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والمعقول
المتقدم مراد لقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان
قدرهما وان كان متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته
لان الفضل في المتيقن موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة
في علم العاقد لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجدا وزنا في المجلس
وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جايزا لكنهما استحسنوا
جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رحمه الله اذا اعترف المتساويان بالوزن جازا سواء
كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد
بها ما هو في علمهما قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال قيمة الجمع بين العقود وغيرها
في البيع لا يخرج العقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال

الفصل

فضه وفي عنقها طوق فضه فيه الف مثقال بالفي مثقال وبعد من الثمن الف مثقال ثم
افترقا فالذي بعد ثمن الفضة لان بعض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل
الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم
الاتيان بالواجب تفويتا للذمة كما اذا ترك سجدة صلبية وسهى ايضا ثم اتى بسجدتي السهو
وسلم يصير قاضيا سجدتي سهوه الى الصلبية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه العصود كذا
لو اشتراها بالفي مثقال الفا منسية والفا بعد الفا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جايز في بيع الجارية والظاهر من حالها المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلا بالية
درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة
الحلية ما لم يبين ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاشياء قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان والمخرج ان عن احدهما فيحمل
عليه لقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة
وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة
في العقد والاضافة والمساواة بعد تصريح من المولى قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا
شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانصرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر
فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يخلص
بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية قوله
وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي البيع تعميما للكلام اذ فرض المسئلة الحلية
خمسون والثمن مايتان فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام ليبين الاقسام الاربعة
الاول ان يكون وزن الفضة المفردة ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جايز لان مقدارها
يقابلها والزايد في مقابلة الغير فلا فضل في الربوا والثاني ان يكون وزن المفردة مثل الخمسة وهو غير
جايز لانه ربوا لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان يكون المفردة اقل
وهو واضح والرابع ان لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل
خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الحالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب
ان ما لا يدري يجوز في الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زايدا فان كان زايدا جاز
والا فسد فعند وجهة الفساد قد تعت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا توصل للترجيح
واجاب شمس الايمة الكردري رحمه الله بان مراده اذا ذا كان احدهما يكفي للحكم فاطلق بهما
لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال ومن باع
انا فضه بفضه ثم افترقا ومن باع انا فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا
بطل البيع فيما لا قبض فيه وصح فيما قبض واعتركا في لا انا نه صرف وقد وجد شرط بقاء العقد في
بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في حر وهذا بنا على ان القبض في المجلس شرط
البقاء على الجواز فيكون الفساد طاريا فلا ينسب لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد

فرع حسن جدا

لان التفريق للصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون بيانا وقد
تقدم معنى تمام الصفقة ق ـ ولو استحق بعض الاناء ولو استحق بعض الاناء في هذه
المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الاناء عيب لان الشركة
اذا الشركة في الاعيان المجتمعة بعد عسر الاسعار بها بالتعيض وكان ذلك نقص صفة فيتخير بغير
بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض ق ـ
وان باع قطعة نقرة المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضاف القطعة الى النقرة من باب
اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته
ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعسر لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء ق ـ ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير
وكر حنطة بكوري شعير وكوري حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها
الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة بصرف كل جنس منها الى خلافه عندنا
خلافا للثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالوا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تقرره لانه قابل الجملة
بالجملة ومن قضيته التقابل الانقسام الى الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل
واحد من البدلين حظ من جملة الاخر والدليل على ذلك انه لو فوت فانه اذا اشترى قفيزا سواريا
بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى
عبدا بالف ثم باعه مع عبد اخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن
تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا اجمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتكما احدهما لا يجوز
وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير
قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان في قضية هذه المقابلة
الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل
مقابلة الفرد بالفرد فكان جائزا لارادته فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز لارادته فلان
كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكر بها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الاخر
واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولين منع تقيضه ٥
لذلك ما بكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الاخر بمقابلة دينار من
الدينار ين والدينار بمقابلة الدينار الاخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الا الصرف
الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تصرفات كثيرة وما هو اقل تصرفا متعين والجواب
عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال تغيير وصف التصرف اولا صله
والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في
الكل بمقابلة الكل باق على حاله ثم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يتصرف
الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان

بتغير

فيها

اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسايل المستشهد لها اما
الاولى اعني مسئلة المرابحة فمقوله لانه يصير توليه في القدر كله الى الثوب ولا يخلوا
من ان يكون مراده انه يعتبر في الاصل او يعتبر ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول
فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والثمن ان الاستقال من الزيادة الى النقصان يعتبر العقد
من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا اصر حا بذكر
المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فمقوله والطريق في المسئلة الثانية
غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بأقل
مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فخلاف اضافة المبيع الى المذكر والمذكر يصلح للبيع والمعين ضده
والنقد لا يتناول ضده واما في الاخيرة فالعقد انعقد صحيحا وفسد حالة التقابل بالافتراق بلا قبض
وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح
ق ـ ومن باع اصواعا بعشرة دراهم ودينارا المسئلة المتقدمة كان البدلان من الجنسين
من الاموال الربوية في هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم
لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال
البايع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجايز دون الفاسد
ق ـ ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيا معه بخمسة عشر درهما فامتا
ان يكون مما له قيمة اولا والاول اما ان يبلغ معه الفضة اولا فان كان مما لا قيمة كالتراب
مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربوا وان كانت قيمة تبلغ الفضة كثوب
يساوي خمسة جاز بلا كراهة واذا لم يبلغ فهو جايز مع الكراهة كمكف من زبيب او جوزه او بيضة
والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فصار كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحلة واما انه يفضي الى
ان تالف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل قالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر
فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزايد بمقابلة الرديء
وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمة عشرة دراهم
والحق ان السوال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط الربوا الفضل وهو لا يتحقق في
المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالها ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة
بين حفنة من زبيب والفضة الزايدة ليست بظاهرة قوله ومن كان له على اخر عشرة
دراهم مسئلة تبيين لها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا
او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على اخر عشرة دراهم فباعه
الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة
من قلو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار وغاية ما في الباب انه اعتد صرف وفي الصرف يشترط
قبض احد العوضين عن الكاني بالكاني ويشترط قبض الاخر احترازا عن الربوا وذلك لان يقبض
احد البدلين حصل الامر عن خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم

فلو لم يقبض الاخر كان فيه خطر الهلاك صح

شبكة الألوكة www.alukah.net

فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حيث سلم له فلم يبق له
خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في
دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف
الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا اولا فان كان الثاني لم يقع المقاصه
ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه
قال زفر رحمه الله لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه
الاستحسان انعجب لهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين
قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم
المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين عند سيبويه وجوبه
لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد ثمة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فجعل
المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدالا
ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء لا بالقصد ولهذا لو كان لها فسخ اصل العقد
فكان لها تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم
بالف وخمسمائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة
لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت
على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى يبطل المقتضى وهو المقاصة لانها تقتضي قيام
العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسد للمقاصة وجب قبض الدرهمين
على البايع بحكم الاقالة لان لا قالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف
رحمه الله بقوله وفي الاضافة الى الدين يعني المعهود مع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بان
المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لانها لما ابطلت عقد الصرف صار كانها عقدا عقدا
جديدا اصحح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية بثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت
بمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء يوافقهم في المسئلة فتعين لوجه
القياس فان قيل لم تترك القياس رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي
انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير
وقال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه
يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانا يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم
يكن قاطعا حتى يلزمه وفروان كان لاحقا بان اشتري دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم
ان مشتري الدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا فيه وروايتا
في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها شمس الائمة السرخسي الاسلام وقال المصنف في الجامع الروايتين يقع المقاصة وفي
رواية ابي حفص وبها اخذ شمس الائمة وقاضيخان لا تقع المقاصة لان الدين وقع له والنبي صلى الله عليه وسلم
جوز المقاصة في دين سابق كحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الصحيح ان قصدهما المقاصة تضمن فسخ

الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا
على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع كما ترى
الا اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا يقع المقاصة بين العين والدين اصلا
لعدم المجانسة الا انا استحسنا ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين
بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين
السابق بالاتفاق فكذا بالملحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين
وذلك خلف ويقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف
الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين
السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا اوضح ويجوز بيع
درهم صحيح ودرهمين غلة العلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قراط او طسوج
او وجه فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا وناضها التجار وبيع درهم صحيح
ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جايز لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره
عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني فلان المانع ان تصور ههنا
فهو الجهالة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس واذا كان الغالب على الدراهم
الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا تخلو امن قليل غش غلبه او عادة فالاول كما في الردي
والثاني ملحق للانطباع فارنها دونه تنفقت فاذا كان كذلك تعتبر الغلبة لان المغلوب
في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة كانا في حكم الدراهم
والفضة تعتبر فيهما من تحريم التفاضل بما تعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها وبيع بعض
ببعض وبالاستقراض لها الامساواة في الوزن وان كان الغالب عليها الغش فليسا في حكم
الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة
التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد وان كانت اكثر صح وهي الوجوه المذكورة
في حلية السيف وان يعتبر جنسها متفاضلا جازصرفا للجنس بخلاف الجنس لكن شرط فيه ان لا يكون
التفاوت شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت
لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا
شرط القبض في الفضة يشترط في الصرف لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى ان الاستهلاك
انما يتحقق عند عدم الغبن قال المصنف رحمه الله ومشايخنا يريد به علماءنا وراء النهر لم يفتوا
بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والعطا رفة اي الدراهم العطر بعيد وهي المنسوبة الى عطرين
ابن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خالي هرون الرشيد لانها اعدلا موال في
ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه اي لو افتى باباحته ندر جوا الى الذهب والفضة بالقياس ثم المعتبر
في المعاملات بها المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن
وان كانت تروج بالعد فيهما فيهما بالعد وان كانت تروج بهما فكل واحد منهما حسب لم يكن

وهي في حكم فضة وضم قوله ولكنه مرد جواب عما يقال اذا اضيف الجنس الى خلاف الجنس صح

منصوصا عليها ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كما لو صارت والسوق قد يبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه وان هي كانت تعاملها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان المبيع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها لعدم علمه بكسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمتها يوم البيع وعند محمد اخر ما كانت تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فسادا البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا وسمي البيع بلا ثمن واما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء فاسخ قبل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير فقالوا وما ذكره في العيون مستقيم على قول محمد واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلس عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمة يوم الانقطاع لان الكساد لا ينا شل الى قيمته في ذلك اليوم ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد كان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل التسمية بقي مبيعا بلا ثمن وهو باطل لانه يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة التسمية لانها ما دامت رائجة كانت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة التسمية وصفة التسمية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يخير بين الفسخ والصبر الى ان تحصل اما الفساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك للتسمية على وجه لا يرجى الوصول الى تسميتها في ما يأتي الحال لان الفساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله فلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان

هالكا

البيع بالفلوس

هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلت او رخصت او زاد العيار او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله وطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال وجواز البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه وانما قاد كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان تكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها الا بخير على دفع ما عين هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا يجوز البيع بها كالتعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال اشار محمد في هذا الذي ذكره الى اختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة وذكر في نقل الكتب المذكورة وليس فيه السكوت عن اي الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل البيع عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع او انه وهذا بظاهره قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لو فرض يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا اظهر معنى فقال يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال ولو استقرض فلوسا فكسدت اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اي استقراض المثلي اعارة كما ان اعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون بعينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو رد مثله وبجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسية وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف التسمية وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثلها حال كونه نافقا اجاب المصنف رحمه الله بان التسمية فضل فيما في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى التسمية ومعناه ان التسمية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز ان ينفك القرض عن التسمية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة التسمية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن التسمية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف التسمية بقي رد ما قبض ولما كان المثل المجرد عنها في معناها يجب رد قيمتها كما اذا استقرض

باب الاقالة

مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على اما مر
من قبل واصل الاختلاف يعني بين يوسف ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند
ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد
انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر
بالمقرض وعلى قول ابي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض اكثر
من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول
ابي يوسف ايسر لان قيمة يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة
يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر قال ومن اشترى
شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك
النصف من الدرهم فلوس لا نقد وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه
الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط
فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط
منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض
المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث القدر فكان مغنيا
عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بنا على كونه معلوما وفصل محمد بين
ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس
فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف
لا سيما في ديارنا بنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العوف قال ومن
اعطى صيرفيا درهما هذه ثلاث مسايل ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني نصفه فلوسا او نصفه
نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الاحبه جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما
لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف لا حبة وهو ربوا
فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا
عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه
لا نص عن ابي حنيفة رحمه الله والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد
في حصة الفلوس جايز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر كما لو قال
بعتني نصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر
فاسد ولم يشع الفساد لتفريق الصفقة وحكى عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر
ابن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر لفظ الاعطاء
لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة وتكرارها لا يكرر البيع وهذا الان تذكر المساومة
لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان
لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف

والثالثة ان يقول اعطني نصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن
نصف ونصفا الاحبة جاز والفرق بينهما وبين الاولى انه لم يكرر لفظ نصفه بل قال
الدرهم بما يباع من الفلوس نصف درهم وبنصف درهم الاحبة فكون نصف درهم
الاحبة بمثله والثاني بازاء الفلوس قال المصنف وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية
اراد قوله اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الاحبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك
ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرحه للمختصر
وهو غلط من الناسخ والله اعلم

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامره كان فيها معنى المعاوضة
انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى
وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا وضامنا
لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة
كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين يصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما
سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض
بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولم يصر
الدين عليه لما ملك كما قيل الكفالة لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا تجوز واجيب بان
رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلنا
في حكم دينين قال فان الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول بها وقال الشافعي لا تجوز لانه كفل بما لا يقدر
على تسليمه لانه رجائي كمثل لا يستفاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا امّا
اذا كان بغير امر فظاهر واما اذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية
في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليودي المال من المكفول
عنه بخلاف الكفالة بالمال لانه له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم
غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لانها
هو متفرك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل
بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل
الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه
وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل
شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله
لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له قوله والحاجة ماسة
استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق وفيه المانع منتف لما ذكرنا
والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا قال

واما قبل ذلك فلا مرون فلا يجعل في حكم دينين ح

بالنفس ح

وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده ه او ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبراسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شايع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا يتحرى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليها وكذا ينعقد اذا قال ضمنت لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله الى ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بها العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه او قيل لان القيل هو الكفيل ولهذا سمي الملك قيلا بخلاف ما اذا قال انا ضامن لك بمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك بمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا يعامل الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره ه لا يستحق في حبسه لعلة ما مر لما بينا وقيل ذلك اولا فان علم ذلك وامتنع فاما ان يكون الحق دينا او مع قدرته فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك اولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه فتطالبه ثانيا على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب اعرفه فان كانت له حرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب معه الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه يتمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقالا بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام المطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل ه المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر يرى الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو الحاكم عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فيبرأ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما تحملنا وان كفل على ان سلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على الحاكم وقال شمس الائمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضا لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على

الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في بريه لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على الحاكم وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه يرى عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على الخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا الان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه او يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الا الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التعاون بالتسليم اليه في ذلك المصر اما في مصر اخر مع تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي تكفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ الا ان لم يقدر على الحاكم فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه يعجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بقيا الكفيل والمكفول به وسواء اماتهما او مات احدهما مستطرد لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل يعجز عن احضاره وانه يسقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه يعجز عن تسليم المكفول بنفسه لامحالة فان قيل فليؤد الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا سببه لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تسقط بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حال الحياة واما اذا مات المكفول له فلوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه برئ لانه جعل البراءة وذكره لتذكر الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كتبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكل لا يستغنى فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان وضع المكفول الى المكفول له موجبة سوى الكفالة بالنفس ه والموجبات يثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس مثل لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع

شبكة الألوكة www.alukah.net

الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم الشيء يحتاج اليه وقتا بعد وقت
حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا ابرا الكفيل
ولكن يقال قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبري نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف
على قبول صاحبه فلو توقف كربما امتنع عن ذلك ايفاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر
مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت
نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به مطالب
بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبري نفسه عن ذلك
بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به
واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع
التسليم من جهة الكفيل ولم يبرا وعلى هذا ما ذكروه في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة
اي لان المكفول به مطالب بالحضور فلان يكون في تسليم نفسه ليبرا الطالب متبرعا
فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرا به لان ثمة جهة اخرى كما بينا
ولانه مستلزم ان يبرا الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط
والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لغيابهما مقامه كتسليمه قال وان
تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به على وقت كذا رجل قال ان لم اوافك غدا فلان الى الشهر فهو
ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضر في وقت المذكور وضمن المال وافاه الى اتاه من الوفاء
وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد
خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو مفيد لانه اذا قال فعلى ما لك عليه وقام بسم الكفيل جاز لان
جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتنائها على التوسع ولهذا لو قال تكفلت لك بما ادرك
في هذه الجارية التي اشتريتها من فلان صحت وكذلك الكفالة بالشيء صحيح مع انها لم تعامل تبلغ
النفس او لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيآن احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي والثاني عدم
بطلان الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله
لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر لتقريره بذكر كلمة
الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وقد ذكرنا
ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني
قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لانها في الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحقق
حقا للمكفول له لا تبطل الا بما بينا فيها من تسليم او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها
لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخر تكفل
وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال ثبتت بدلا عن الكفالة
بالنفس ووجوب البدل بنا في وجوب المبدل كما في ضمان الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل

واحد منهما مشروع للتوثق كما مر والكفالة بالنفس بعد سلمها وبان اجتماعهما صحيح والوفا بهما
اذ ان واجب بخلاف ضمان الكفارة على الصحيح وقال الشافعي رحمه الله هذه الكفالة اي المعلقة
بالشرط لا تصح لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال
بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة
عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول
ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث لا التزام
فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشرط كما لها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال
الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة
بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل بنفس
رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم اوافك به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن
المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير وهي وان وافقت مسئلة
القدوري المذكورة فان كلا منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكن عدمها ههنا
بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره
وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما يترتب عليها من الكفالة
بالمال لكونها كالتأكيد لها بمقصوده ولهذا اذا وافا بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا
سقطت الاولى بالابراء فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان
الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والالزم ان يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات
وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت
لم يوضع لها بل اسقط الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة
عجز الكفيل عن التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز
عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم من ضرورة التأكيد مقصودا لان الموكد بالنسبة اليه
فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم
حيث تكفل باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل لم يستثنا علمه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس
فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف الظاهر لفظة ان لم اوافك فلا تفيده في اضرار غيره
قال ومن ادعى على اخر مائة دينارا ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها ما بينها جيده او زيوفا
هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يوافه به غدا فعليه المائة فطالبه
ولم يوافه به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى
بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا يسع دعواه فلا بد للمدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك
لوجهين احدهما ان الكفيل علق في كفالته ما لا مطلقا عن المنسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر
متردد وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعي عليه غدا ولا صحة الكفالة على هذا الوجه وان بينها

شبكة الألوكة
www.alukah.net

لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة فيترك
المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى شيخ الامام ابو منصور الماتريدي وهو كما ترى
يقتضي ان لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح ما بنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابو الحسن
الكرخي وهو يتنفل لصحة اذا كان المال معلوما عند المدعي ولهما ان المال ذكر معرفا لافه
قال فعلي المايه فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فتخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما
والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذا لكنه في مقابلة
النكتة الاولى تجد قوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا يأس
بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء فاجمل الخصوم والبيان عند الحاجة
في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين انتفى البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمايه
المطلقة في ابتداء المايه التي يدعيها وبينها في الاخر وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون
القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحت الكفالة قال ولا تجوز الكفالة بالنفس من توجه
عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحبس في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه
فامتنع عن اعطاء به كفيل عند ابي حنيفة وعلى هذا لا يكون معنى قوله لا تجوز الكفالة لا تجوز اجبارا والكفالة
بحذف المضاف واستشاد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد يجبر بحد القذف لان
فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد لان المغلب فيه حق العبد على
ما عرف ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس نفس الحبس ههنا الحبس بل الامر بالملازمة
بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كالا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول
يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم
ياذن له بالدخول يحبسه في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود لان الحبس فيها
لله تعالى لحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها واذا طابت نفس الكفيل سوا
اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لا يستحق عليه حضور مجلس
الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع احد في الزنا وشرب الخمر وهذا لا يكفل بحق وجب على الاصيل
وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس ويحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي
حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما
هو خالص حق الله تعالى هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخطاب في ادب
القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول
الله ولان بيني الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس
شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس لم لم يجز اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما نذكره
لا الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق بها لانه يدرئ بالشبهات فيكتفي بها الاستيثاق كما
في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف
فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سجن نفسه اي لو تبرع المدعي عليه باعطاء

وان بين المال وبه مع المصنف
والثاني لم الدعوى بلا بيان
غير صحيحة فلم يحصل احضار المعنى
فحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس منه

غيره

الكفيل

الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن
ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل ويحقق معنى الكفالة
وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال
ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان انه يحبس الحاكم في الحدود من وجب عليه وفي بعض النسخ فيها
اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه
اي يعرفه الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى
لانه يحتاج الى الحجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان
الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات والديانات تثبت باحد شطريها
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا تثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى
عقوبة كما في الاموال اذا ثبت وغدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء الا بحبس
فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى عقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى
فيها القتل والقطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوت المدعي بالحجة بناء في الدرء بالشبهات
والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك ضعيف
الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم ايضا انتهى
فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك والتهاون حرام لا فضايه الى ضاد العالم الذي
شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون
ذلك وهو قادح في عدالته والانتفاء عن امثاله مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة
اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة من الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع
تعليما للجواز حيث لم يكن على الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك اذا سمع الحجة الكاملة تحمل للدرء
هذا والله اعلم بالصواب وذكر في الكتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص عندهما
روايتين في رواية الحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى يحبس لحصول الاستيثاق باحدهما وفي
دلالة كلامه على ذلك خفاء لا يخفى قال والرهن والكفالة جايزان في الخراج اورد
هذه المسئلة ههنا لما عسى ان يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون
المطلقة فان جواز الكفالة يقتضي ديونا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا ترى انه يحبس به
ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصح الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني ان في الحياة
والممات احترازا عن الزكاة فانها مطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام
واما في الباطنة فهو كما لكونهم نوابه الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد
الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين
يطالب اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح المطالبة به في الحياة والممات تصح به الكفالة
بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن لاستيفا اشارة الى صحة الرهن

للتهمة ولقائل ان يقول
الحبس للتهمة قبل ثبوت صح

فانما تعتمد امكان الاستيفا لكونه توثيقا لجانب الاستيفا فترتب وجوب
العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في
قصد ذلك ـــــ ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه فعدد الكفلا عن بعض ورثته
صح كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اى تلزم
الكفيل ضم ذمته الاصيل في المطالبة بان يكون مطالبا باحضار المكفول
به كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابرا الكفيل لا يرتد برده لرجوعه
الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود من شرع الكفالة
التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البته فكان المقتضى لجوازه
موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرا
الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فافرضناه زيادة
لم تكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرا الكفيل الاول لان التسليم لما
وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وكما بنا على اصله ان الكفيل
اذا كفل بالدين برئ المطلوب فذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة
اللغويه والاصل موافقتها وتقتضي ان التعدد بين الكفالة والحوالة فان فيها تاثير للحل
وذلك باطل ثم اذا سلم احد الكفيلين نفسه الى الاصيل الطالب برئ دون صاحبه
فرع حسن
ـــــ واما الكفالة فجايزة لما قرع من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال
وهي جايزة سواء كان معلوما كقوله كفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه
او بما يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا ان بنى الكفالة على التوسع
فانها تصح ابتداء فتحمل فيها جهالة المكفول به قدرا وغيره بعد ان كانت متعارفة قوله
وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء واسكونها وهو البيعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة
الى نفي قول من قال ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع قلنا
الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بنجمة
اى نجمة كانت اذا كانت خطا فانها صحيحة وان كانت بمجهول لاحتمال الشرايه والانصار
وانما قيل خطا لانها اذا كانت عمدا وقد سرقته وكانت النجمة بالة جارحة فانها توجب
القصاص والكفالة لا تصح ولما مر ذلك في كلام ما يحتج الى التفصيل به وشرط ان يكون
المكفول به دينا صحيحا وشرحه بان لا يكون بدل الكتابة لان بدل بدين صحيح اذ الدين
الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاط
من ذمته الا بالايفا وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل
بعجزه نفسه وقيل لان المولى لا يجبر على عمل الا على عبده شيء يطالبه به فا ـــــ
والمكفول له بالخيار والمكفول لعجزين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين وسمي
الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت

المطالبة

المطالبة عوضا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراة عنها الا اذا شرطت البراة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا المحيل يكون كفالة فعلى هذا لهما ان يطالبهما جميعا جملة
ومتعاقبا خلاف الملك اذا اختار اخذ الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه
اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الاخر لان اخذ احدهما يتضمن التمليك او
قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك
قال ـــ ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ويجوز تعليق الكفالة بشروط جلايم مثل ان يكون
مشروطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفا مثل ان يقول اذا قدم
زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات وليس
شيا او ان حل مالك عليه ولم يوافك به فعلي ولا يجوز بشروط مجردة عن الملايمة كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وقيد بجعل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام
بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان بذا يومئذ بما مو الملك يوسف عليه
السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين
احدهما ما قال بعض الشافعيه ان هذه الاية تحمولة على بيان الكفالة لمن ياتي به لا لبيان
الكفالة هو كقول من اتى بعده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون
اذا التزم من غيره وهذا قد التزم عن نفسه والثاني ان لا نبوة مسروكة الظاهر انها تشمل
على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل
بها مهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للغير ان الملك يقول لمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن
الثاني بانه لا اية من الاية من ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب وجوب او عدم
جوازا حدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الاخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة
المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة
مضافة كقوله تكفلت بما يثبت احد من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص
على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقا والثانية
انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل باقي القياس جوازها على
ما ياتي وانما جوزناها استحسانا للتعامل والمتعامل فيها اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول
باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى تصح
من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق
والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة
جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان
جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما ياتي قوله وكذا اذا جعل الخ

يكون زيد مكفولا عنه بدله اذا كان
الخ كما ان التعليق به كما في قوله تعالى
واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل

الملاحم

منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بقبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة
وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة
مع ان الكفالة لا يجوز والثاني ان قوله وكذا اذ اجعل معطوفا على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره
وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه يصح
الكفالة الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول مطلق الاجل مع صحة الكفالة
والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم
لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان تأجيل الكلام نفي
جواز الكفالة المعلقة والمجموع ينتفي بانتفاء جزئيه لا بانتفاء نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا
تنتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان ايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف
في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف
ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر وهو الاجل وتقديره فكما لا يصح
التعليق لا يصح الاجل اذ اجعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل
مجازا بقرينة قوله وتجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صحت تأجيلها بآجال متعارفة لم تبطل
بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز الجازم عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما

اذا جعل واخلوا اما ان يكون
فاعل يصح هو التعليق او الكفالة
اذ لم يذكرنا الثاني والاول لا يجوز اذ
لا معنى لقوله لا يصح صح

حال
قوله فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالنصف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذا اذا اثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم
يقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة وانما كان القول
قوله لانه ما لم يجهل لزمه بقوله قضاء كما اذا اقر بشيء مجهول واما كان مع يمينه لان من عجل
قوله فيما كان هو خصما فيه والذي مما يصح بدله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال
واليمين انما تشرع بقوله لانه ينكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما اقر به لم يصدق على الكفيل
لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته على نفسه كالمريض اذا اقر في مرض
الموت بعين اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له
في حالة المرض قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول
عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره شيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامره وبغيره ولان الكفالة
التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فولاية الم
يتصور به غيره ويعتبر المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب بخطه والطالب غير متضرر بل
منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فان ما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون لاعتماد الامر
وفيما لم يأمر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر الموضوع غير ضار فتبين ان الكفالة بنوعيها ما
يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع
بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه وينتقض بما اذا كان

المكفول

المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على
الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم
ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادع عني زكاة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد
ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو
الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع
باديه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رحمه الله الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره
او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل واقامه مقام نفسه في
استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز
واذا كفل بامره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل
ولكنه يوخر الى اداية وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره قوله رجع باداي
اعلم الكفيل بملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ان
ومنها ابرائه له وصلحه اياه على جنس اخر واما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما ان يكون
ادى ما ضمن وفيه الرجوع باداي لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن
كما اذا ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه
الرجوع بما ضمن لا باداي قال المصنف رحمه الله ملك الدين بالاداي فينزل منزلة
الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته وكذا من نزل منزلته وقاس ذلك
على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان
الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت المكفول له
ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من
وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ
الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث
الملك واحدا لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن فتعدد الامر ولا
يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد داعي ما اداي وما ضمن والجواب
عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا
وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك مالا يقبد وعلى
تسليمه واذا اذن له في القبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فيقبضه
وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تم وهبه اياه فحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه
الدين وهو جايز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك
ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان
الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى تملك
ما عليه لا ما على غيره والمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين لبراءة المحال عليه فامكن

كذا قيل والوجه ان يقال لعقد الكفالة سلطة
على قبض الطالب من الكفيل بمقابلة هذه العبارة
لان قبض الطالب على المطلوب اذا لم يكن هناك
اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو
الاصل او سقط عنه اداء احدهما
المحتمل

شبكة الألوكة www.alukah.net

ان يحمل ذلك مقتضى نصها وهذا يرشدك الى الفرق بين ابرا الدين وهبته له فان الابرا
لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابرا اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي موؤنته
بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا تتقيد بملكه
قد ورد التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور وهنت الحاجة الى قبل الدين
ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد كما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد وكذا من الكفيل
وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع
ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطلب الا ما ضمن فكذا من نزل منزلته وقاس
ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وادى
المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب قوله بما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به حوالة
نهاية المنتهى قوله بخلاف المامور بقضاء الدين جواب دخل تقديره ان الكفيل
لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المامور بقضاء
الديون والمامور يرجع بما ادى فكذا الكفيل وتوجيهه ان يقال المامور بقضاء الدين لم
يجب له على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة
الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو ادى
الزيوف عن الجياد وتجوز له ذلك رجع بها دون الجياد دلان ادا المامور به لم يوجد
وان عكس فكذلك لان الامر ما يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا قوله
رجع بما ادى بالحلاقه فيه تسامح واما اذا اصالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين
احدهما ان يصالح على اقل من الدين كما اذا اصالح عن الالف على خمسمائة وقيد برجع
ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابرائيا ورا بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول
عنه على ما تذكر والثاني ان يصالح على جنس اخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن
وسيأتي ـــ وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال
ليس له ان يطالب المكفول عنه قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التمليك وهو
لا يملكه قبل الاداء لانتفاء الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد
وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف
اذا اختلفا في مقدار الثمن والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبايع
والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة ـــ فان لزم بالمال اذا لزم
الكفيل له ان يلازم المكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في
هذه الورطة فعليه خلاصه ولذا احبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره
وقال الشافعي ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء قلنا هو موعود
فعليه للخلاص فاذا ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرا

الاصيل

الاصيل وابرا الاصيل مستلزم ابرا الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط
بالابرا فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يلزم عليه في الصحيح
ولم يلزم عليه الا المطالبة وقد انتفت بانتفائها علما وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض
المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول
ابرا الاصيل لا توجب برا الكفيل فان ذلك بالاجماع وعلل بان الكفالة لا تلزم الا بما
هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء والابرا فيسقط عن الكفيل ايضا
لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان
قيل قولهم برا الاصيل توجب برا الكفيل منقوض بما اذا شرط برا الاصيل في ابتداء الكفالة
فان برا الاصيل فيه موجود ثم لم يوجب برا الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان
برا الاصيل توجب برا الكفيل واذا شرط برا الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل
بل الباقي اذ ذاك محال عليه ولم يقل بان برا الاصيل توجب برا المحال عليه وان ابرا
الطالب الكفيل لم يبرا الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط
المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقا الدين على الاصيل بدون الطلب
او بدون الكفيل جايز الا ترى انه لو مات الكفيل او اسقط الدين عن الكفيل وان اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاجير عن كفيله وان اخر عن كفيله لا يكون تاجيرا عن الاصيل لان التاجير
ابرا موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابرا الموبد وردنا بان هذا اعتبار مع
عدم التساوي وهو باطل الا ترى ان الكفيل لو رد الابرا الموبد لم يرتد بالرد بل يثبت ابرا
وسقط عنه المطالبة ولو رد الابرا الموقت ارتد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب
ان اعتبار الشيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا انتفى الاعتبار فنحن
نحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر وهو ما
ذكروه ان الابرا الموبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يلزم عليه الا مجرد
مطالبة والاسقاط المحض يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابرا الموقت فهو تاخير مطالبة
ليس فيه اسقاط وبهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد فقوله ـــ بخلاف ما اذا كفل
بجواز ان يكون جوابا دخل تقديره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل
ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في
ابتداء الكفالة ولم يلزم حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة
لم تثبت بعد بتعيين تاخير واذا كان تاخير الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تاخيرا عنه وعن
الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة
ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين فـ ـــ فان صالح الكفيل رب الدين من مصالحة الكفيل
على اقل من قدر الدين بجنسه على اربعة اوجه هو ان يشترط برا تهما جميعا او برا المطلوب
خاصة او برا الكفيل خاصة او لم يشترط شيئا من ذلك ففي الاول والثاني برياجميعا وفي الثالث

الاصيل

ولو صدق الدين للكفيل او تصدق عليه كان ابرا الاصيل كما اذا ادى الاصيل
فاذا قبل الكفيل حكم ابرائه والهبة تختلف في الهبة والصدقة تحتاج
الى القبول وفي الاصل تتوقف حكم الابراء والهبة
والصدقة تحتاج الى القبول في الكل

قال الكفيل اذا كفل بالمال الحال
موجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل

اذا لم يكن للمكفول عنه
الكفيل له ان يلازم المكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في
هذه الورطة فعليه خلاصه ولذا احبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره
وقال الشافعي ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء قلنا هو موعود
فعليه للخلاص فاذا ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرا

رب المال

شبكة الألوكة www.alukah.net

بري الكفيل عن خمسماية لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شا اخذ
جميع دينه من الاصيل وان شا اخذ خمسماية من الكفيل وخمسماية من الاصيل ويرجع
الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامر وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب
فان قال الكفيل للطالب صالحك عن الالف على خمسماية ولم يزد على ذلك برا جميعا على
خمسماية لان اضافة الصلح الى الالف اضافه الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى
المطالبة فيبرا الاصيل ببراته توجب براة الكفيل لما تقدم ثم برا جميعا عن خمسماية بادا الكفيل
ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره ولو قال صالحك عما استوجب
بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين بناء على ان الطالب خمسماية من الكفيل ان
شا واباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس
تملك لاصل الدين منه بالمبادلة ويرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين
من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل ليتعين
الدنانير بدلا عن الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراة مشروطة
للكفيل فيرجع على الاصيل لان براة الكفيل توجب براة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على
خمسماية حيث لا يكون ان يكون بد لا عن الالف لكونه دراهيا يبقى الدين في ذمة الاصيل
والبراة مشروطة له وبراته توجب براة الكفيل فيبرا ان عن خمسماية ويرجع الكفيل
على الاصيل بخمسماية اذا فعل بامر كما ذكرنا قال ومن قال للكفيل ضمن له
ما لا ذكر ههنا ثلاث مسايل تتعلق بالابرا احدها ما ذكر فيه ابتدا البراة من المطلوب
وانتهاوها الى الطالب والثانية ان يذكر ابتدا وها من الطالب والثالثة بالعكس
فالاولى ان يقول للكفيل ضمن له ما لا بامرك قد بريت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على
الاصيل لما ذكرنا ان البراة التي يكون ابتدا وها من المطلوب اي الكفيل وانتهاوها الى
الطالب لا يكون الا بالايفا فكان بمنزله ان يقول دفعت الى المال او قبضته منك وهو اقرار
بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل
والثانية ان يقول ابرائك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل وللرب الدين ان يطالبه
من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براة لانتهي الى عين وذلك بالاستيفا فلا يكون اقرارا
بالايفا وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه
قال محمد هو مثل ان يقول ابرائك لانه يحتمل البراة بالابرا والبراة بالادا والثانية اذا ما
يثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا اخر وتوجيهه ان يقال
يقينا حصول البراة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراة ان كانت بالادا
رجع الكفيل وان كانت بالابرا لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول
برئت الي لانه اقر براة ابتدا وها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التا وذلك
انما يكون بفعل مضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل ختمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه

حمسماية بدلا من خمسماية

الايفا

الايفا لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراة وان لم يوجد
من الطالب صنع فاما البراة بالابرا فما لا يوجد بفعل الكفيل لامحالة وقيل ان ابا حنيفة رحمه
الله مع ابي يوسف في هذه المسئلة وكان المصنف اختار ولخص وهو اقرب الاحتمالين
فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه
لانه هو المجمل واذا كان غايبا فالاستدلال على الوجه المذكور واعترض بوجهين
احدهما هو ان المحل ما لا يبين العمل به الابيان المجمل قد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن
والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول
والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا اتفاقا لازمه واجيب بان قوله برات الي
وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفا الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه
ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال ابرءت الي لاني ابراتك وان كان بعيدا عن
الاستعمال وما ذكرنا في تعليل الاوجه الثلاثة استدلالي لا صريح في الايفا وغيره من
الايفا فكان العمل به عند العجز كالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب
في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد ولكونه غير صريح
في الايفا والابرا هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل وارجع الى بيان الطالب صريحا
وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل الا طايل تحته لكان
المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي فهو ما كان فيه ايهام للمخاطب
اذ لا يكون هو نا قال ولا يجوز تعليق البراة عن الكفالة بالشرط تعليق البراة
مثل ان يقول اذا جا غد فانت بري من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما
فيه من معنى التمليك كما في سايرالبرآت والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وربما لا تدخل
بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بري من المال فوافاه من الغد فهو بري
من المال فقد جوز تعليق البراة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في
الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون
الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابرا الاصيل والاسقاط المحض
يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان شرطا
محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جا غد ونحو انه غير متعارف فيما بين
الناس كالايجوز تعليق الكفالة بشرط لبس للناس فيه تعامل فاما اذا كان لشرط فيه
نفع للطالب وفيه تعامل فتعليق البراة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح قال
الطالب له فيه نفع لما فيه من ابرا بعض واستيفا بعض وتلك متعامل الا ترى ان
صاحب الدين اذا قال لعجل حصتي علي في ابرائك من الباقي كان صحيحا وان علق البراة
عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط محضا
غير متعارف ورواية الجواز على ما يقابله قال وكل حق لا يملك استيفاؤه من الكفيل

لا تصح الكفالة به ذكر ضابطا لما يصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان ٥
امكان الضرب او حز الرقبة ليس بمنتف لامحالة لكنه لا يصح شرعا وغير عنه بعدم
الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن اخر بما عليه من الحد او القصاص
لم تصح كفالته حتى لا يصح الاستيفا لان الاستيفا يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر
اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة او الغرض خلافه او نيابة وفي الاخريين في العقوبات
قالوا لان المقصود الزجر وهو بالاقامة على النايب لا يحصل وبيه تشكيك وهو الزجر
اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل
المقصود كما نرى بعض المتمكنين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل التصور
بالاقامة على النايب هذا في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصور
بعد الموت اصلا لامحالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى
فانه لم يرد لاحد من اهله خلاف محض جريا منهم في العقوبات فيكون التشكيك حينيذ
تشكيكا في المسلمات فهو غير مسموع قال ـــ واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز
الكفالة بالثمن عن المشتري جايز بلا خلاف لانه دين صحيح كساير الديون وعلى هذا يكون
ذكر تمهيد الذكر الكفالة بالمبيع والاعيان تعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز
الكفالة بها ينقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر
ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بعينه ٥
كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا والمغصوب والكفالة بها كالها اما ان تكون
بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم يصح الكفالة فيما تكون امانة او مضمونة بالغير ٥
ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع من
البايع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع هلك بدله لانه مضمون بغيره وهو الثمن
ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز
في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام
قايما او تسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند
الهلاك وما تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي الكفالة
بالاعيان مطلقا بنا على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها
الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفا من عنده وذلك يتصور
في الديون دون الاعيان وقلنا بنا على اصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة
تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لامحالة والامانات ليست كذلك والمضمون
بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصل حتى
لو هلك المبيع في يد البايع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار
مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني صحي الكفالة

المذكور ح

٢

بتسليم

بتسليم الاعيان المذكورة فاذا كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد
الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفا المرتهن الدين جازه
وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن
او برده متى قضى الدين ولعل محله لاختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل
لان العقد قد انفسخ ووجب على البايع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك
الرهن عند المرتهن فلا شيء للمرتهن على الراهن ان كان عين الرهن اوفى بالدين او زايدا عليه
والزيادة عليه من ماليته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان
كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع
عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان
واجب التسليم كالمستاجر فضيح الحيم الا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر فمن استاجر دابة
وعجل الاجرة ولم يقبضها وكفل له رجل بدلك فبطل صحت الكفالة والكفيل سواحذ بتسليمها
ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن
كونه مطالبا بتسليمها واما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف ذكر المستعار
كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوان واطنه تابع شمس الايمة السرخسي في ذلك
فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في
الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الايمة ليس ممن يطلع على
الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها قوله لانه التزم فعلا
واجبا دليل لما ذكرنا وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون
كما فصلنا قوله ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر ابلا معينة للحمل فكفل
بتسليمها رجل صحت لما تقدم انفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل كذلك
لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل
فكفل بالحمل لا يصح قال ـــ المصنف لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة
ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بمحل على تلك الدابة وبيه نظر لان عدم القدرة
من حيث لو نه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي
رحمه الله واستدل به على عدم جوان في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا
للشافعي وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه
لان ما يلزم بعقد يعتبر فيه التصور عند الوفا ولان تسليم ما التزمه متصور في الجملة
فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا ولذا اذا استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل
بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز لا كفيل به قال ـــ ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول
له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال اخرا يجوز اذا اجاز
حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل ابي فسخ كفالة المبسوط وبيه نبسح ٥

شبكة الألوكة
www.alukah.net

لان نسخ الكفالة المبسوط لم يتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض
يدل على ترك في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف يجوز ثم قال
وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجان في احدهما دون الآخر على هذا يجوز ان
يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة
بالنفس والمال جميعا لابي يوسف في وجه الرواية التي لم يشترط فيها الاجان انه تصرف
التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك مستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فيستبد
به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبأن الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار تم
بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه
رواية التوقف على الاجان ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلاما لواحد كالعقد
التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم الضرر
بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء
في ان الكفالة اذا صحت برئ الكفيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة
معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بقبوله فالوجود
شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله على الطالب فضولي توقف على
اجازته لوجود شطريه قوله الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله
استثنا من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له وكانه قال لا يصح ذلك الا في مسئلة
واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله
عندهما وان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم تصح وكذا المريض وللاستحسان
وجهان احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تحمل عني ما علي من الدين فكانه قال اوف
عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول له وقد تقدم ان جهالة له ح
المكفول تفسد الكفالة ولهذا قال المشائخ انما تصح عن الكفالة اذا كان له مال عند
الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في كلام
المصنف تسامح لانه في معنى الوصية لانه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف
الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس
كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحققين
فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين
ان يقول في معنى الوصية انه وصية في الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قايم مقام الطالب
لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بقرع ذمته وانتفاء
المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث
تكفل عن ابيك لي فان قيل فيه قيامة مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو
اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف رحمه الله بقوله وانما يصح بهذا اللفظ

ولا

ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض مريد لقبوله تكفل عني تحقيق الكفالة
لا المساومة نظرا الى ظاهر حاله التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة
زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك ينزل على قولها زوجت وقبلت وظاهر قوله
ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب
للاستثنا وتمثيله للامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما وتجوز ان يكونا
مسلكين في هذه المسئلة قال ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ
فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين فعمل الاجنبي ذلك اختلف المشائخ
فمنهم من لم يصح ولذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه في الحياة ولا بعد موته بدون
الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه
لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به
النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامر يرجع في تركته فيصح هذا من المريض
على ان يجعل قيامه مقام الطالب ليضيق الحال عليه عرض الموت كما تقدم ومثل هذا لا يرجع
من الصحيح فتركناه على القياس او على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان
ولهما الجامع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز
من الصحيح لعدمها قال واذا مات الرجل وعليه ديون الدامات المديون مفلسا
ولم يكن كفيل فكفل عنه بدينه انسان او اثنان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح
ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا
كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى
الدنيا او الآخرة لا كلام في ثبوته وبقايه في حق احكام الآخرة واما في حق احكام الدنيا
فمثبت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا يقتضي الا بامر امن له الحق او بادا
من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة
عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس المؤمن
عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من التبرع واذا كان بمنزلة اوله مال فان الدين باق
بالاتفاق فدل على الموت لا بغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا
قبل ادا الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد
ثم اشترى بفلوس في الذمة فلسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولم يبطل
ها هنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة ان الدين ساقط لان الدين
هو العدل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد تعذرت
بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى انتفائهما قوله الدين هو العدل حقيقة المقصود
والفايدة الحاصلة منه فعل الادا والدليل على ذلك وصفه بالوجوب بقال دين واجب كما يقال

الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم
حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جايز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك باذكرنا
من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمور به وان قلت قد يقال المال
واجب اجاب المصنف بقوله لكنه اي الدين في الحكم حال لان تحقق ذلك الفعل من الخارج
ليس الا تمليك طايفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به بوجد الا
في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وتخلفه بدل على قصور المطالبة
منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن فعل عن عبده محجور اقر بدين فانها
تصح وتعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب
الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير
ظاهري يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة بطريق المعارضة وتواخرجه الى سبيل
المانعة بان يقول لانسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فان الدين
هو الفعل كان احد في وجوه النظر كما لا يخفى على المحصلين ويتنبه بهذه النكتة واستغن
عن اعادتها في ما هو نظير فيما سياتي قوله فالتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قال
ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان علي الف
درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا وان بطلان
الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت تخرج من قام به عن الحلية واذا كان
باقيا في حق المستحق حاله ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت
المشتري مفلسا لبقايه في حق البايع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل
فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري
فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولها ولان ابقي اذا كان
به كفيل اولد ماله وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به
كفيل اوله مال فان انتفى القادر بخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق وقوله
اولا فاقضا على ما هو السماع وعليه الترا لنسخ تشترك وكانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا
حلفين فالاقضا الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما وتجوز ان يكون في الكلام
لف ونشر وتنويس مخلفه وهو الكفيل اولا فاقضا اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق على
هذا الشرط في القدرة اما نفس القادر او مخلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض
النسخ اذا الافضا على وجه التقابل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق
حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله ونحن بما عندنا وانت بما عندك راض والراي مختلف
ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجا الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل
كفاية امر الاصل عند عدمه وهما لذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع
الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم بالاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم

الزعيم

الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي جنازة انصاري ليصلي عليه فقال صلى الله عليه وسلم فهل على صاحبكم دين قالوا
نعم درهمان او دينار ان فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي ابو
قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع
قبلها فما ذا يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله عليه السلام الزعيم
غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل يغرم ام لا
واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي اولي قتادة اقرارا بالكفالة
سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيها سواء لعموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعد
بالتبرع ونحن نقول بجواز به لدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي رضي الله
عنه ما فعل الدينار حتى قال يوما قضيتها فقال الان برد ت عليه جلدته ولم يحبس
على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحد متساهل
حيث لم يثبت من الشرع حمل الذمة المعدومة موجودة قال ومن كفل عن رجل
بالف رجل كفل عن رجل بما من بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل
الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال
اني لا امن ان ياخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان يودي فقبضها وعلى وجه
الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان
الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانته باعتبار الدراهم لانه يتعلق
حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضايه الدين فلم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل
بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد
فيه ما دام باقيا كما لو كان سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي
فانه ليس له ان يسترد ها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير حولا بعد الحول فما دام
الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره وان كان
الثاني فليس له ان يسترد ها ايضا لانه تعلق بالمودي حق الطالب والمطلوب يبطل
ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لانه لم يملكه لانه تحض في يد امانه فان تصرف الكفيل
فيما قبضه على وجه الاقتضاء ونح فيه فانه لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه
حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول
فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبض كمن قبض الدين الموجل معجلا وان كان
الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية
وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه

شبكة الألوكة www.alukah.net

لكن دين الطالب حال ودين الكفيل موجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبته بما وجب له على الكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين موجل ولو ابرا الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهب منه بجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال لذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسايل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل احترت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين الموجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلته لو ابرا الكفيل المطلوب قبل اداية صح وكذا اذا اخذ رهنا ثم رهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التحمل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين الموجل وعلله ما قبض بمجرد ما له من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيها لكلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينيذ لا مناقاة بينه وبين ما تقدم من ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينا في ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا لهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين الموجل وهو موجل قلنا معناه فنزل هذا الدين الموجل منزلة دين موجل لم يكن في ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فلذا هاهنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب

بالكفالة ع

الا ان فيه ان في الزيح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رحمه الله يبينه في مسئلة الكفالة بالزور الخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قدمناه في البيوع في آخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالزيح لا يطيب في قول ابي حنيفة ومحمد لانه زيح من اصل خبيث وفي قول

ابي

ابي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وزيح فانه على الاختلاف قال ولو كان الكفالة بقدر حنطة مامورا ان حكم الزيح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين كقدر من حنطة قبضه الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وزيح فالزيح له في القضا لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واجب الى ان يرده على الذي قضاه معنى المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة وفي رواية كتاب البيوع عنه الزيح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه زيح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن زيح في ملكه تسلم له الزيح ووجه رواية الكفالة انه بكل الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل سبيل من الاسترداد على تقدير ان يتصدق الكفيل بنفسه وان كان كذلك كان الزيح حاصلا في ملك متردد بين ان يقر وبين ان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا يكون فيه شبه الخبث واما انه رضي به ان يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضا به فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى الاول الظاهر وتقرير ممكن الخبث مع الملك وكل خبث يكون مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع لهذا الخبث يعمل في الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا خير فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجهه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الزيح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب قال ومن كفل عن رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسانا بطريق العينة وضمن المصنف بان ليستقرض من تاجر عشرة فيتاجر عليه ويبيع منه ثوبا بيساوي عشرة بخمسة عشر مثلا دعينة في بيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة فعمل الكفيل ذلك فالشري وافع والزيح الذي ربحه عليه لا على الاصيل وليس هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للمجل الذي هو مذموم وكان الربح حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بكرين والمجل الحاصل من طلب الزيح في التجارات لذلك والا لكان المرابحة مكروهة وانما لزم الزيح الكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما تصح بما هو مضمون

قوله زيح في ملكه والملك في هذا المبيع اذا فسد قبل القبض واختار المشتري عرض الثمن تحمل له احد الزيادة وقيمة المبيع اكثر من الثمن تحمل له الفاسد وتصدق بما زاد وان اذا اشترى عرضا بمائة الفاسد واجاز البائع الزيادة بعض القبض لم تطب له الزيادة وان تصدق بها اجزاء كثيرة مما تجوز فيه الزيادة والذمي والمسلم في هذا سواء لان الزيادة ليست بمال متقوم فلا يكون الملك فيها مشتهرا فيما سوى الدراهم والدنانير بخلاف الزيادة على قدر الثمن فانها مال متقوم والملك فيها مشتهر فلا يكون للبائع ان يمسك شيئا منها والضمان لو هلك في يد المشتري قبل القبض فان لم يجد في الاولى ولم يجد في الثانية وجد في الثالثة فالضمان على من وجد في يده والمشتري لا يملك شيئا من الزيادة لان الملك لم يتم له فيها لان الملك الصحيح في الكفالة الملك بالاداء اما الملك الصحيح فلا يثبت وحدث الثلاثة والكفالة كانت صحيحة لان الكفالة لا تقتضي الملك بحكم الكفالة لما تقضيه للاداء والمكفول عنه قد وجد منه ما يملك به الاداء لان الهلاك كان بعد وجوب الاداء عليه حتى لو هلك كان الهلاك من ماله فكان ضمانه عليه والاصل ان الكفالة متى وجدت بامر المكفول عنه فانها تنعقد موجبة للرجوع على المكفول عنه بمثل ما لزم الكفيل على المكفول له حالا ومؤجلا وهذا لان الاداء المؤجل في حكم الكفالة كالاداء الحال وهذا لان الاداء المؤجل انما يتاخر عن الكفالة لتاخر المطالبة عنها فاذا وجد الاداء المؤجل له المطالبة والتاخر حق المطالب لا حق المطلوب فلا يعتبر في حقه

شبكة الألوكة www.alukah.net

على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لاخر بع متاعك
في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه
غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعينه يعني اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه
في النقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم
المقدار والثمن لذلك فان قيل الدين معلوم والماخوذ به هو مقدار فكيف يكون
الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن اذا فسدت
الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين
عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور العينية صورة اخرى وهو ان يجعل
المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب
الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث
بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ
منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا ثالثا احترازا
عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم
احترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا
بايعتم بالعينة وابتغتم اذناب البقر ذللكم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها
لعينة قال ومن نقل عن رجل عاذاب له عليه فغاب المنقول عنه فاقام المدعي
البينة على الكفيل ان له على المنقول عنه الف درهم لم تقبل بينته او باقضي له عليه
حتى يحضر المنقول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوي ودعواه هذه غير صحيحة
لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما ما لا يقتضي به على الاصل
لدلالة ما قضي بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
تقرر او المتقرر انما هو بالقضاء والدعوي مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما
مال يقتضي به بحمل لفظ الماضي خلاف بعني المستقبل لقوله اطال الله بقاك فوفاك
كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه
الا لقرينة يتعلق بها البلاغة غير مطابق لدعواه لا طلاقها ويفيد المكفول به
حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بمبلغ كذا
بالف واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون
ذهبوا في تقليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضي او يقضي به بعد الكفالة
والمدعي يدعي القضاء حال ان يكون قبل عقد الكفالة وبعد فلا يدخل تحت الكفالة
بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما تري والتعليل بدون
ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقتضي ولم يدعه او مال يقتضي به ومع غيبة
الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغايب فلا تكون الدعوي صحيحة فلا تقبل البينة

رجل كفل عن رجل عاذاب له عليه او ما قضي له عليه صح

دراهم صح

دينا صح

ومن

ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على
الحاضر والغايب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة
وها هنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المصنف رحمه الله منها اثنين احدهما ان
البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف
لكونه مقضيا به او يقضي به فكانت الدعوي مطابقة للمدعي به فصحت وقبلت
البينة لاثباتها على دعوي صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما
ان هناك لو صدقته نقال قد قلت لك عنه بالف ولكن ليس لك علي شيء
لم يلتفت اليه والا يلزمه شيء من المال وههنا لو قال قلت لك عنه بالف لكن ليس
لك علي شيء لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامره وبغير امره
مع ان القضاء على الغايب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل
خصما عن الاصيل بين ان يكون باسره وبغيره ووجه ذلك ما ذكر من بقوله لانهما
يتغايران لان الكفالة بامر تتبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تتبرع ابتداء
وانتهاء وكل هما كان كذلك فيهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه واحدهما
لا يقضي له بالاخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه
لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمها واحدا وهو الملك
فاذا ادعى الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بامر بينة ثبت امن بحجة كاملة والامر
بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغايب بعد ذلك
لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امر فانما لا تتمش جانب
الغايب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه
اي الشان ان صحة الكفالة بغير امر معتمد بتمام الدين في زعم الكفيل حتى
لو قال لفلان علي فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم تجب على
الاصيل شيء فلا يتعدى الدين على الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه
من المسئلة وبين ما اذا ابرأ مدعي على رجل انه كفيل له عن فلان بكل ما له قبله
ولم يبين ولم يفسر واقام على ذلك بينة وان له على الغايب الف درهم كان له قبل
الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر او بغير امره
ان الحاضر الاباثبات ما يدعي على الغايب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء
عليه بدون الحاضر القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول
لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل
بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان لك علي فلان مال فانا كفيل فاثبته
المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة بامر تجوز ان يكون فرقا اخر
بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامر وبين ما اذا اقام عليها بغير امر فانا اثبات

المدعي صح

انما تخصص خصما عن الغايب اذا امكن اثبات ما يدعي على الحاضر صح

رجل كفل عن رجل عاذاب له عليه او ما قضي له عليه صح

بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل على الاصيل
فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر لا اثر لكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب
ظالمه والمطلوب لا يظلم عين وقلنا لما قضي القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه
كمن اشترى شيئا واقر بان البايع باع ملك نفسه ثم جا انسان واستحقه بالبينة
لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البايع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونقض
بما قال لمحمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به
ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف حيث لم
يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب لكذبه في زعمه واجيب بانا انما
لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه
في قيام العيب عند البيع الاول ليس لشرط للرد على الثاني فافترقا قال ومن باع
دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن
عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البايع فلو
ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون
مشروطة في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد فلا دعوى بعد ذلك
اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل
فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض تام من جهة الطالب وهو
باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض تام من جهته
من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان
طلبها منفيا في نقض تام في جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضى الخصم
والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع
وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبالي فانها ملك البايع
فان ادرك ذلك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البايع لا يصح دعواه بعد ذلك
وانما قلنا انه بمنزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى قال ولو شهد وختم
ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته فان كتب اسمه في الصك وجعل
اسمه تحت رصاص ملتويا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير
والتبديل كذا ذكر شمس الائمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على
دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان
الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا ان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل
شهادته ايضا لان الشهادة انما تكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة ولا هي باقرار
بالملك لان البيع قد يوجد من المالك واخرى من غير فالشهادة على ايقاع

اذا مر

الثاني دون الاول لان تمام العقد عند البيع

اذا اراد كفيل رجل عند الدرك

ومن اقر بملك البايع

لغير

لا يكون

٩١

لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة
على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه
مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك
وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بينهما شهدت وامر اذا كتب فيه ما يوجب صحة
البيع ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك
فانه تسليم فلا يسمع دعواه الا ان شهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب
في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال فصل في الضمان ومن باع لرجل ثوبا
الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسايل الجامع الصغير وردت
بلفظ الضمان فصلها ليتعابر في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح
منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب فتعقل وضمن له الثمن فالضمان
باطل ولذا المضارب اذا باع من المتاع شيا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة
وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل
بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف
المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا
وكذلك المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزمان يكون الشخص ضامنا لنفسه
وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة
ولان المال امانة في يدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين مما
فرضناهما امينا لم يكن امينا وذلك باطل فيكون الضمان بغير الحكم الشرعي وليس للعبد
ذلك لنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التعزير تقريرا تاما فيرد
عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للزم
والمعير لم يحز لذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك
فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فيكون ذلك رفعا لذلك الى الضمان
وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي نظير كما اذا باع بالف وحسمايه والجواب ان نفع تم باع
بالف وحسمايه الامانة انما تكون بطلان الوكالة ليلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها
حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه فعل
بما وجب بالوكالة ولا يجوز ان تصح على وجه يبطلها اصلا بخلاف مسئلة البيع فان الثاني
ليس فرعا للاول ولذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصة من
الثمن ان صح لانه ان صح كان بحصته من الثمن شايعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده
وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز
وذلك انما ان يكون حسا او بوصف مميز ولا هما ثابتان في الذمة من الدين غير متصور وذكر

واما اذا ضمنا

شبكة الألوكة www.alukah.net

في الفوايد الظهيرية في تقليله لان ما يستحق بنصيب احدهما فللاخر ان يشاركه فيه اذا كان ما لابد ليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للاخر ولاية المشاركة فلو رجع الضمان بما يرد به الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع به الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء هذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء قلنا بطلانه ابتداء لا معنى له قبل في قليل من المسايل لو صح الضمان لهما ان بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا فتامل صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع به الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولا يبقى له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شايع في كل جزء ومن اجزاء الثمن واعتبار نصف معين في بعض افراده لا تعلق له في الباقي من الافراد والاحناف في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك بعض في النقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع الى اخره يجاب عنه بانه انما يلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للاخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما لنفسه ثم ضمن احدهما الاخر نصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الاخر لانه لا شركة له لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الاخر ولو ان بقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال ومن ضمن عن اخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جايز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جايز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة تجايز ان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان توظف الامام في كل سنة على ما لك على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف فرقا اخر بقوله وهو تخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال الذي ولهذا الم يود في بعد موته الا بالوصية واما النوائب فعلى ما يراد بها ما يكون بحق وفقيرا جبها ما ليس بحق فالاول كاجرة الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة

النقل

وما

وما وظف الامام لتجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما لا على الناس لذلك والضمان فيه جايز بالاتفاق لوجوب اداءه على كل مسلم اوجبته الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي ما يأخذها الظلمة في زماننا ظلما كالفتحة فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا وما شيء عليه شرعا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ذكر مال الى عدم صحته قال فخر الاسلام واما النوايب فهي ما تلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحة الكفالة بها لانها ديون في الجملة يتوجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره فانه يتوقع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره بامره يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الايمة هذا اذا امر به لاعن اكراه بلغ اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال تعالى وبينهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناه ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسمنا ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فتلزمه الرواية على هذا قسمة بالكسر لا بالنا وقد علمت ان القسمة بالنا تجيء بمعنى القسم بالنا وقال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغير حق على هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير او حصته منها اي من النوايب معنى اذا قسم الامام جايبوب العامة بحق مبنية لاربي النهر المشترك فاصابه واحدا شيء من ذلك فيجب اداوه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملايكته ورسله وميكال فاشار المصنف الى ان الرواية بالواو على تقدير ان تكون القسمة حصة من النوايب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل ذكرها اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو لما مر وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة والمراد من النوايب ما ينوبه غيظا وتاب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بينا يعني جوازا لكفالة فيما كان حق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق قال ومن قال لاخر لك على مايتي الى شهر ومن قال لاضر لك على مايتي الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول للمدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مايتي الى شهر وقال المقر له حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف

حاشية: وفي الجبايات الموظفة على الناس في زماننا سلاد فارس على الخياط والطباخ وغيرهم كل يوم او شهر او سنة انهم فاعلوا السلطان في كل يوم كذا كذا

شبكة الألوكة www.alukah.net

ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف انهما تعادفا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بالفرق بينهما ومحصله للشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ذلك منه اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه شيء في الصحيح كما في تقدم وانما اقر بجحود المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فبقراره ليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ذلك اقرارا على نفسه الى اخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال وفي المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة قوله ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بخلاف المتابة لان ثمن المبيعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت موجلا من غير شرط اذا كان موجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة مستوعبا له كالتالف المتنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في الظاهر الماخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من انكر مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذا اساكان اقراره بنوع منها فلا يكلف بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن والشافعي في الحول الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروي عنه الخلف الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما لمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم ياخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضي له على البايع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع الرجوع على الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقبض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا

فاعتقه

فاعتقه بايع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق بعد اعتاقه واذا لم ينتقض لم تجب القيمة على الاصيل لم تجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضي على البايع لان الضمان قد توجه على البايع ووجب للمشتري حق مطالبته فلا يجب على الكفيل فان قبل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضا بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضا بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحليه فيرجع المشتري على البايع وقيل ان شاء وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى به ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما تمم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغير محمد تبركا به ثم وتيمنا بالتعرض الى على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر هنا ثلاث مسايل الاول ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فما بطلان الاول فلان هذه اللفظة مشتهرة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البايع وهو ملك البايع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البايع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الوثيق ثلاثة ايام لي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل عليه فصار مبهما فتعذر العمل به ولما جوانا الثاني في ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مسببا له فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على الحال وتقدير وهو الزام ما لا يقدر على الوفا به لانه ان ظهر مستحقا فلزما لا يساعده المستحق اوحرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفا به باطل وهما حملا بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشغل بالشك وللاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جايز فقبل وعلى هذا نفي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع لان المراد به الثمن مجازا شهرة امره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال

واذا لم يجب على الاصيل

المجاز فيما لايلتبس فضيله هذا مايد ل عليه كلام المصنف وذكر صدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يد ل علي ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الهوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكرها في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف با ــــــــــ

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا لتناسب الوضع الطبع وا ــــ اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشتري الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لامحالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادي احدهما لم يرجع على شريكه حتي يزيد المودي علي النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادي الي تمام النصف كان عما عليه عن الاصالة صرفا الي اقوي ما عليه كما لو اشتري ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة حمل المنقود عن الصرف لان الواجب به اقوي لجانبه الي القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة صرفا الي اقوي ما عليه كما لو اشتري لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين وهي تابعة للدين لانشائها علي الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يجاوضه بل يترجح الدين عليهما وينصرف المقبوض اليه الي تمام النصف وفي الزيادة عليه لامعارضة ان لم يكن عليه دين فيها بحق الاصالة حتي تنتفي المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤهما للزوم احدهما راجحا لا لانتفائه قوله ولانه دليل اخر علي ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع علي صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه ويرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لانه يودي الي الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداءه نايبه كما ايده ببيان اللازمة وتقرير ان صاحب المودي يقول له انت اديته عني بامري فيكون ذلك كاداءي لو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المودي عنك قال رجعت عليك في تقدير اداي لذلك والشريك الاخر يقول مثل ما قال فادي الي الدور ولم يكن في الرجوع فايدة فجعلنا المودي عن نصيبه خاصة الي تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة علي النصف فانه لو رجع علي شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس علي الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل مال علي ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع علي كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعودت

لكل لصاحبه ان يرجع عليه ح

فاذا رجع علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فاوجع عليك كما لو اديته عني بامري اداي في التقدير ولو اديته حقيقة ح

المطالبة

المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له علي الاصيل واجري علي الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلي الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم علي آخر وهو معني قوله معني المسئلة في الصحيح وكل شيء اداه احدهما رجع علي شريكه بنصفه قليلا كان المودي او كثيرا الا ما ادي احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض علي البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينهما وبين الكفالة ح واذا وقع شايعا رجع علي شريكه بنصفه ولا يودي الي الدور لان قضية الاستواء قد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادي فلا يستقص برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة لان كل واحد منهما لم يلزم رجوع المال بحكم الكفالة بل التزام نصف المال بشراء نفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وحمل المودي عن الكفالة ح يودي الي الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لتنافي الفروع المبنية علي ذلك فانه قال ثم يرجعان علي الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنايبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن فعل عنه لانهما وقالا وان شايعني من ادي منهما شيئا رجع بالجميع علي المكفول عنه لانه فعل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع علي الاصيل وقالا واذا ابرأ رب المال احدهما اخر الاخر بالجميع لان ابرأ الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله علي الاصيل والاخر كفيل بكله علي ما بيناه من قوله ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا اخذ به وهو ظاهر قال واذا افترق المتعاوضان فان لاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع ذلك فان ادي احدهما شيئا لم يرجع علي شريكه بشيء حتي يزيد المودي علي النصف فيرجع بالزيادة لانها تتعلق علي الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاؤا بجميع الديون لان الكفالة تثبت بعقد المعاوضة قبل الافتراق فاذا طالبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع علي صاحبه حتي يودي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة المفاوض قال ــــ واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولي كاتبتكما علي الف الي كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس خلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما علي انفراده باطل فعند الاجتماع اولي ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من انها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس لذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقها معلقا باداء اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان ادبت الالف فانت حر وهذا ان يجعل كل منهما كفيلا بالف عن صاحبه فاستدرك في الكتاب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيدها واما اذا

الدين اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان ياخذوا ايهما شاؤا بالجميع ح

فلا يبطل بالافتراق ح

واحد ح

اختلف الخاتمان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق
واذا عرف ذلك عرف استوايهما في الوجوب عليهما لاستوايهما في العلة اعني الكتابة
فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لايعتق واحد منهما ما لم يود جميع البدل
فاداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوايهما ولو رجع بالكل اولم يرجع بشيء انتفى
المساواة ولم يرد بشيء حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه ويبرئ
المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق فلم يبق وسيلة فيسقط النصف
وبقي النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما
وانما جعل على كل واحد منهما احتياطا لايصح الضمان فكان ضروريا لايتعدى في غير موضعه
واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف وعورض
بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لايصح الرجوع مالم يؤد
المودي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو
للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدي لو وقف عن المودي على الخصوص برئ
باداية عن نصيبه وعتق لان الكاتب اذا اداي ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى
شرط عليهما ان يؤديا جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى ان ياخذ به ايهما شاء
اما المعتق بالكفالة واما صاحبه فيما لاصالة بدل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة
ببدل الكتابة وهي بالحملة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف وايا ما بقي
بعضه لذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقا يكون على وفق الثبوت فان اخذ المؤدي
اعتقد رجع على صاحبه باداي لانداداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه
بشيء لانه اداي عن نفسه حتى لو اداه العبد او الكفيل عنه

حق هذا الباب التاخير لان العبد متاخر عن الحر ما لم يفد واما ان الاصل في بني
ادم هو الحرية ووضع ثبوته يقتضي تقدم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون
الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه قال ومن ضمن عن عبد مالا لايجب عليه قوله
لايجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد في الجامع
الصغير وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال
الذي لايجب عليه حتى يعتق ضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب
لان عبارة محمد تحتاج الى تاويل قال العبد اذا استهلك المال عيانا يوخذ في الحال
قال فخر الاسلام مراده اذا اقر باستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده
العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لايوخذ به للحال بل بعد
الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عبارته في الكتاب وهو قوله
ومن ضمن عن عبد مالا لايجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غير فلا يحتاج الى
شيء لتناولها ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى وافرضه انسان واباعه

وهو

في العلة

وسقاجميعا فكان في الخصص
امرار بالجواب بترتيب الصفقة
فاوقعنا المودي عنهما جميعا

بلغ مقابله
بحث الطاقة

وهو محجور او وطي امرأة بشبهة بغير اذن المولى او ودعه انسان فاستهلكه
فانه لايوخذ بذلك كله للحال اما صحة الكفالة في فصل الوجوه فلانه قبل عالما مضمون
على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الحر او
المفلس واما سقوطها فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول
الذمة لان لايطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو الرق اذ جميع ما في يد المولى
ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب
العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غايب يصح ويوخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب
عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويوخذ الكفيل به
في الحال وان كان في حق الاصيل متاخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يوخذ من العبد الا
بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين موجل حتى لايوخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل
اجاب بقوله بخلاف الدين الموجل لانه متاخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تاخر عن الاصيل
بوخراي امر يوجب التاخير وهو التاجيل لامانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد
التزم الكفيل ذلك فلزمه موجلا ثم اذا اداي الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان
الطالب لايرجع عليه الا بعد العتق فلذا الكفيل ليقيامه مقامه قال ومن
ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لاتنفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا
فان بموته يبرا الكفيل لبراة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيد للتي بعدها ولبيان
الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل ثم مات العبد قام المدعي
البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه تخلفها القيمة
عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم
المطالبة بما على الكفيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف
الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط فسقط الكفيل
فكذا عن كفيل وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا اثبت الملك له باقرار ذي اليد او
بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعي عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار
حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال واذا كفل العبد عن مولاه
بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لايخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق
او لا فان كان الاول لم يصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثاني صحت
اذا كانت بامره لان ما في يده لمولاه فلا ان يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا
كفل المولى عن عبده دينا صحيحة سواء كانت بالنفس او المال مديونا كان العبد او غير مديون
فاذا صحت الكفالة واداي العبد ما كفل به بعد عتقه او اداي المولى ذلك بعد عتق عبده
لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع لان الموجب للرجوع وهو
الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة

المديون كتاب ـــــــ الحوالة الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للاخر اذا استوفى احديهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفو الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال تسمع وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به واما شرطها فسنذكرها في اثناء الكلام وكذا حكمها وانواعها قال ـــ وهي جايزة بالديون الحوالة جايزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فيدل عليه النقل والعقل اما الاول فما روي ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب لبس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز اذ الكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها تبنى على المديون لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقرير ان الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محول شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبر الشرع في ذمة شخص اخر بالتزامه واما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن اعتباره في محل اخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال ـــ ويصح برضى المحيل والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان حقه وهو ابراء الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال ـــ الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء عليه واما اذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالاجماع قلنا انه التزام الدين ولا التزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار الالتزام لا الزام ما رضي المحيل فقد شرطه القدوري وعلله بان ذوي المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل ينفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامر من قبل وعلى هذا تلزمه ما يداينه اشترط الرجوع عليه اذا كانت بامر وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحال عليه دين قدر ما يقبل الحوالة

بلغ مقابلة تحت الطاقة

فالمحال

التحويل

الدين محـ

لابطال الزام الحاكم الينة على المنكر الزامه يمين الاتراف

للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق ولذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا ينقلب موجبه ابدا كمن قتل غير بغير امر فبلغه فاجاز فان القتل بعد الاجازة لا يرجع على الامير بشيء لذلك ونقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع على المولى مع ان العبد هنا لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وبما ذكرت الحر لا يستوجب دينا لانه يجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل عنه حرا وعبدا وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر ليثبت مع المنافي وهو الحرف فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختياره اي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا الا انها للتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة ثم فايدة بل قد تكون هذا ولما قوله ولانه دليل اخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا باداء او الابراء وقوله ولا يكن اثباتا قد دليل اخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة بدل الكتابة وتقرير ان الكفالة بدان صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى الاول منهما اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يعود رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على اللازم الا ترى ان الدين لو كان على الاصيل موجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمنا مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جايز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه بفسخ الكتابة ستوط بدلها لانبنايه عليها اذ لولاها لا يستوجب المولى عليه شيا وبدل السعاية كبدل الكتابة في عدم جواز الكفالة به للمولى على قول ابي حنيفة لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المسعى احكام العبد عند من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتضيف الحدود وغيرها وعلى قولهما يصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو السعاية لا تتحقق فكان كالحر

المديون

فانها حينئذ تلزمه استيفاء المطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر
ان الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول لحالة
وهي فعل اختياري لا يتصور ربه دون الارادة المحيل بارادة المحال عليه والرضاء وهو وجه
رواية الفدوري والثاني اختيالية يتم بدون ارادة المحيل بدون ارادة المحال عليه
ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة
الثلاثة بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير فنس عليه بتعيين
بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية
الزيادات ليس على ما ينبغي قال — واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين ●
بالقبول واذا تمت الحوالة برئت وشرطا كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله
بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضي من رضاه شرط فيما على ما تقدم
وقوله من الدين احتراز منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشائخنا فان منهم من
ذهب الى انها توجب براءته عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله احكاما يدل
على القولين مما يدل على الاول ما قال ان المحتال له اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من
الدين عند الحوالة لا تصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان تصح ولو ابرأ
المحال عليه او وهب الدين منه تصح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه
وبراءة المحيل عنه ومما يدل له على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد
كما لو ابرأ الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل
قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين
والتمليك يرتد بالرد منها ان المحيل اذا تقدما للمحتال بحيل المحتال على القبول ولو استقل الدين
بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر
رب المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله
وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفايدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن
بالدين هل يسترد الرهن عند ابي يوسف يسترده كما لو ابرأ عن الدين وعند محمد لا يسترد
كما لو اجل الدين عبد الرهن وبما اذا ابرأ المطالب المحيل بعد الحوالة عنده ابي يوسف لا تصح
لبرائه بالحوالة وعند محمد تصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول انما هو المطالبة لا غير لا يقال
ما ذكر المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض
لذكرها لان انتفاء الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فانتفى
بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان
كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى وتقل ذلك عن مالك
الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف
الى ما ذكرتم من الشتمل بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمقهود خلاف مقهود الاخر لغة

براءة ذمة المحال عن المطالبة بالدين حيثما وتنهم من ذهب الى انها توجب

فان

فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والاحصل نقل الدين عن الذمة لا بقي فيها
اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني
اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل
وهو يقتضي لحال والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهرا لتحقق ولهذا
لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاصيل جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل
واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا بنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاصيل
اي الاقدر وعلى الايفاء لبسوطه سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يرضيه بالاجود بلا
مماطلة وهو في الحقيقة يترك في الجواب بالقبول بالموجب وقوله واما يجبر على القبول
جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح
ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا قبل كان الواجب ان لا يجبر المحتال
على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود للكون
المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي المتبرع لا يجبر على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل
متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل
فلا يكون متبرعا قال — ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله
يبرئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال على المحيل بشيء الا ان
يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى
لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لا يكن
ثمة ما يدل على التقييد وقد كان لذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتأيد بما
روي عن ابن المسيب انه كان المحال عليه رضي الله عنه دين فاحاله به على اخر فمات المحال
عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال اعبد لك الله فاعتق مجردا ختياله ولم يجعله على
الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا نسلم
لجواز ان يكون مقيدا بدلالة الحال والعرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة
حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء
الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة
الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلوب
فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف
السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه
في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان لفظ السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير
الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشائخ وقوله او بفسخ الحوالة
لفواته اي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت
وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه يفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار

رده فانه يفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر آنفا الى عبارة
آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله
جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار نصف السلامة في البيع فيهما بعينين
مختلفين ويويد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال اذا توى
المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك
مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان الحال قد قبل الحوالة مخيرين ان يقبل الحوالة فينتقل
حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأباها فيبقى حقه في ذمة المحيل وكل مخيرين شيئين
اذا اختار تعيين احدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار
تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى اذا اعتق عبده
المديون فاختار الفداء استسعى العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب
ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والآخر خلف
عنه او كل واحد منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فيما سد عليه فاسد وان
كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف لم يحصل المقصود
كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة
اثر الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسد في الوضع قال — والتوى عند ابي حنيفة
احد الامرين تعذر المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان تجحد
المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول
الى الحق وهو التوي في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني
فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحيل
لان براءة المحيل كانت براءة فتل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما فقد والاستيفاء وجب الرجوع
وقالا هذان وجهان وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف
مبني على ان الافلاس يتفليس الحاكم عند لا يتحقق خلافا لهما قالا التوي هو العجز عن الوصول
الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفائه قضاء وكون المحال عليه وفاء عجز عن ذلك
عجز اليتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادر ورواح وقد تقدم معناه في الكفالة
فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في البسوط
والثاني ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسر فيقال له
فقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر
وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حالة لذا في الطلبة اي كتاب اللغة قال —
واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل فقبل الحوالة مدعيا فقاد بينه
من ماله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان
سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامر قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر

الحوالة تحالف والبينة للمحال والقول للمحيل على المحال عليه

والقول

والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقاما بطل حق المحال عليه في الرجوع فان
قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لجاز بتوله لانها قد تكون
بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ
يلزم التعذيب بالدين تعذيب بلا دليل واذا طالب المحيل المحال بما احاله به فقال انما
احلتك لتقبضه وقال المحال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قبل الحوالة
حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه لدعوى الحقيقة بلا دليل لجاز
بتوله ولفظة الحوالة وهناه ان دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو
الوكالة فان لفظة الحوالة تستعمل فيها مجازا كما في الوكالة من نقل التصرف من
الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لانه مع
يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر قال — ومن اودع رجلا الف درهم
اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل
الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين
الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال
عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه وفي يده او ان يجعل على رجل لي له
عليه دين ولا له في يده عين ايضا على نوعين حالة وموجلة فالحالة هي ان يحيل
المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه لدين لانها تحويل
الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والغرض انها كانت على الاصيل
حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء وكذا
يفعل بما قبل به كما تقدم في الكفالة والموجلة هو ان يكون الدين على الاصيل
موجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك
الاجل لانه قبله لذلك اذا عرف هذا فقوله — ومن اودع رجلا الف درهم واجالها
عليه احتراز فهو جايز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة
وقوله لانه اقدر على القضاء دليل على جواز ه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها
يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة
حاصلة معينة لا تحتاج الى كسب والدين قد تحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء
كان اولى بالجواز وكانت جايزة بالدين فلان — ن جايزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة
بيري المودع وهو المحال عليه لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانها التزمت
الاداء منها فيتعلق بها وبيطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله
بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه
وقيد الحوالة بها بيان لجواز ها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان
المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان متقوما فكان

الفوات بعلاله فوانا الى خلف وذلك كالفوات فكان بانيا حكما وقوله وقد تكون
الحوالة مقيدة بالدين ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على اخر
الف درهم وللديون على اخر كذلك واحال الديون الطالب على مديونه بالف على
ان يوديه من الالف المطلوب عليه فانها جايزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة
وهي الحوالة المقيدة بالعين ودبعة كانت او غصبا وبالدين ان لا يملك المحتال بالحوالة
عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق به حق المحال
فانه انما رضي بتعلق حقه الى المحال عليه بشرط ان يودي حقه ما للمحيل عليه او بيبرئ فتعلق
به حق استيفاء به واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يملك من اخذها ولو دفعها المودع
وعين الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا لحق الغير على ما ثال الرهن فان الراهن
بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن ليلا يبطل حق المرتهن وقوله
وان كان اسوء للغرماء اشارة الى حكم اخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا
في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين والدين
وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيا سوى العين الذي له بيد المحال عليه
او الدين الذي عليه فالمحال اسوء للغرماء بعد موته خلافا لزفر وهو القياس لان دين غرماء
المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له ان ياخذ
في حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في
صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على غرماء كالمرتهن فانا العين الذي
بيد المحال عليه للمحيل والدين له عليه لم يصير مملوكا للمحال بعقد الحوالة ابتداء وهو ظاهر
ولا دقيقة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء وانما
المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا يثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت
لغيره فلا يكون لغيره ان ينازعه فيه قوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل
وتفريع ما ذكرناه انفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل
باخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لان الصغير للشان
لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه
وفي الذمة سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا البيع للوديع والغاصب
ان يودي دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذها مع بقاء الحوالة كالدين

قال — وتكسر السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التا فارسي معرب
اصله سفته يقال للشي المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع
الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى مديونه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقبضه المتقرض
في بلد يريد المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة يستفيد به سقوط
خطر الطريق وهو نوع بيع يستفيد به القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض

جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا باس بذلك
ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها مقابلة للديون كالكفالة والحوالة
فانها معللة ايضا في الديون والله اعلم بالصواب كتاب — القضا
لما كان اكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضا القاضي
والقاضي يحتاج الى خصال جميلة تفلح بها للقضا وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب
اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضايل قاله ابو زيد
ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضا بالحق من
اقوى الفرايض واشرف المقامات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم
الرسل محمد صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور
يحكم بها النبيون وقال — وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهوا هم قال —
ولا فقه ولاية القاضي لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول اختار
على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتوليه غيره
لا بطلبه التوليه لشرايط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولي
من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرايط الشهادة فلان حكم القضا يستفاد
اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضا والشهادة من باب الولاية
وهو تنفيذ القول على الغير شا او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة
يشترط له شرايط الشهادة لان ولاية القضا لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة او منزلة
عليها كانت اولى باشتراطها وبما لوح المصنف بقوله لسعتي استعانة للاستفادة الى
ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضا وبالعكس فالفاسق اهل
للقضا لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين
لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز
عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرايط الشهادة نظرا الى اهل قلة العصر الذين
شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في عبدهم ولو كان عدلا
فسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او عين مثل الزنا وشرب الخمر
لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل بنعزله من
لدا الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما اوشى فيه وفي عين مالم يعزل واليه
اشار الامام البزدوي في قوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون
العزل وهو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي ان ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي
ان الفاسق اذا قلد القضا لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمايا الثلاثة
رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه عندهم كما لا تقبل شهادته عندهم وقيل هذا بناء على ان
الايمان تزيد وتنقص فان الاعمال من الايمان عندهم فاذا فسق فقد انتقص ايمانه

شبكة الألوكة www.alukah.net

وقال بعض المشائخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل فسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بقلد دونها فكان التقليد منشرطا بقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء مبني على جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري بالاول ثابت لانه من سلمات هذا الذي ينبني عليه احكام لئيرة كبقاء النكاح بلاشهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والجواب يوخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جايز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليه زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم ولذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جايز ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام والامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبني الامارة على السلطنة والقهر والتغلب الا ترى ان من الامراء من غلب وجار واجاز احكامه والصحابة يقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يوتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المتفقه لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاده ونفسه ان كان له راي فان لم يكن له راي وسال فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكر في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي فانه علل له بقوله ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه والقدرة بدون العلم ولم يتأت دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يلزمه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويوييد ما ذكر احمد بن حنبل في مستند علي رضي الله عنه انه قال بعثني رسول الله الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون بينهم احداث

ولا

ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط لجواز الامارة على احد حينيذ لم يكن من اهل الاجتهاد ثم نعم ينبغي للمقلد ان يختار الافقر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله تعالى ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه لمن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضوعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار واصحاب فقه له معرفة بالحديث ليلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين وقيل وان يكون مع ذلك اي ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة على التشكيلات المكونة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب لسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام ما ينبني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وقاطي العجين ونحو ذلك قال ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه اذا تولاه قاهرا هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تعالى لنبينا انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يوديه هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لا لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به باس قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن ادا فرض القضاء ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه لما يصيبه الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرته القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان الغرض يتم من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا معقودا بالعين مثل ان يقول لي علي فلان اولد على مطالبة بكذا فان قضيت لي ذلك كذا وكان بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه محتاطا واسوا وتحفظوا بانفسهم او خافوا عليها ونفس الكراهة ههنا تعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا لامر الاتي ان ابا حنيفة دعي الى القضاء

ثلاث مرات فابي حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال
حتى استشير اصحابي فاستشارا ابا يوسف فقال ابو يوسف لو قتلت لقتلت
الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر الغضب وقال رايت لو امرت ان اعبر البحر
سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد الى القضا فابي حتى قيد وحبس
فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله عليه السلام من جعل على القضا
فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه
تشبيهه القضا بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا
والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال القضا
لا يؤثر في الظاهر فان ظاهر جاه وعظمه لكن في باطنه لانه هلاك وكان شمس الايمة
الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي
فقد حكي ان قاضيا رؤي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعي في
مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس
فاصابه الموسي فاتي راسه بين يديه ثم قال المصنف والصحيح ان الدخول فيه
رخصة طمعا في اقامة العدل روي الحسن عن ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير
مسئلة لا باس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطي ظنه فيما اجتهد ولا يتوفق له
اذا كان مجتهدا ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال
شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه
قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلزمه انه يقضي بحق ولا بد له
ابدا وعلى الوفا اولا ولي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره يصلح
للقضا فاما اذا كان هو الاهل ولا عين فحينئذ يتعرض عليه الدخول صيانة لحقوق
العباد في حقوقهم واخلالا للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم
يصلحون للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا اذا كان السلطان بحيث
لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اثم كل واحد منهم لاخلاله بما يضيع احكام
الله تعالى وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها من صلح للقضا ينبغي له ان لا يطلب الولاية
بقلبه ولا يسالها بلسانه لما روي انس بن مالك من قوله عليه السلام من طلب القضا
وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امر
اليه او من فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان
من طلب القضا فقد اعتمد عقله وورعه وذكاءه واعجب فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل
المرء بطلب ما لو نال لحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب
بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه ويتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه ينيله الرشد
والتوفيق قوله ثم يجوز التقلد تفريع على مسئلة التقدير بين انه لا فرق في جواز

التقلد

استثناء من قوله لا يجوز التقلد من السلطان الجائر لانه لا فرق بين السلطان العادل والجائر في هذا القسم

التقلد لاهله بين ان يكون المولي عادلا او جائرا امن الجائر وهذا لان الصحابة تقلدوا
القضا من معاوية وكان الحسن مع علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث
عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عما تقول الرافضة ان الحق مع علي
في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد
على صحة خلافة الخلفا قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام وعلى السلف
والتابعين تقلدوه من الحجاج وجون مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان
لا يمكنه من القضا لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فايدة لتقلد بخلاف ما اذا كان
يمكنه قال ومن قلد القضا سلم اليه ديوان القاضي الذي قبله من قول القضا
بعد عزل احرز ديوان القاضي الذي قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصبه الاوصيا وتقدير النفقات لانها اي
السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية
القضا والا لا يفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكر والبينة حجة
لانها تؤول اليها بالتذكير ثم البياض الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او رقا لا يجاوزا
عن امور ثلاثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي
فان كان الاول فوجه تسلم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذ تدينا لا تموّلا وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ
ان البياض اذا كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه
ملكه او وهبه له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا ذكر قوله ويبعث امينين بيان
لكيفية التسليم وهو ان يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي
فيقبضها بحضرة المعزول او امينه وليسا لانه شيا فشيا وتحملان كل نوع في خريطة
على حدة لئلا يشتبه على المولي وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط
بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الحاجة وهو الطلب واما المولي
فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشتبه على المولي فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة
او يتعسر عليه ذلك وهو السوال اي سوال المعزول لكشف الحال لان الالزام فانه
بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يلزمون قوله حجة ومضى قضاؤه حتى يحتاج الى دليل
احترازا عن الزيادة والنقصان في قوله وهذا السوال للكشف الحال يدل على السوال
بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول
الثاني محذوف وتقديره وليسالا ان المعزول عن احوال السجلات وبعضها وقوله شيا فشيا
منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله وليسالا انه اي يسال شيا فشيا عنها وليس بشيء
لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى منفصلا كما في قوله بعتك
حسابه بابا بابا وينظر المولي في حال المحبوسين باذ يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم

ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لأنه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول
المزدوي ليس بحجة لما تقدم فلابد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم
فمن اعترف بحق لزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار في الواجد
محل عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر وما يوجب الحبس لم يقبل قول المزول
عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة
لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود
ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فذلك
والا لم تتم اولم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس غير حق لم يجعل يجلس
حتى ينادي عليه اياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب
فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه
فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل القاضي المعزول
حق ظاهرا فلا يعجل بابطاله وتبطلها مر ليلا يودي الى ابطال حق الغير
لجواز ان يكون له خصم غايب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة في اخذ
الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا
على ما سيجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين نظرا الى الظاهر حال
المعزول لكنه يحتمل ان لا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل هنا ايضا
على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل هنا بالاتفاق
والفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي اولا اعطي كفيلا فانه لم يجب
على شيء نادي عليه شهرا ثم ظلا ان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط
بوجه آخر وهو ان يحبسه نادا عليه شهرا وينظر المولى في الودايع وارتفاع الوقوف
لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما تقوم به البينة او
باقرار من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكذلك لا تقبل قول المعزول فيه
لما مر غير مرة الا ان ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله قول المعزول لانه باقراره
ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كما لو بيده في الحال ولو
كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع
الا اذا بدا ذو اليد بالاقرار لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول
بسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقرار الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ثم
والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر
بشيء مما اقر به المعزول او ينكر كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول
عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان بن فلان
غير من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب او لا يقبله واما ان يقول دفعه القاضي

وفي نوته لعل شك فلا يجوز ان غير
المحقق امر موهوم واما ما ضا فان الحق
للغايب ثابت بيقين ع

الي

التعليل ع

الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل واما ان يقول دفعه الي
وهو لفلان غير من اقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدا بالدفع من القاضي
فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقر انه لفلان وهو لا يصح واما
ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب
احتراز وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا بسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقرار
الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وهذا
لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا اقال عبد له دفعه
الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير
من اقر له القاضي اتلف المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة
كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وعين فيه نظرا لان
الاقرار الاول اما ان يسقط ما بعده اولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم
التسوية بين ما بدا ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدا بالاقرار للغير لشمول
الضمان او شمول العدم ولم اجد احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع
ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول كان باليد بحتا رابطا لما بعده واما
فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد
فاذا اقر باليد لشخص ثم اقر بعد ما بالملك لغير بطل اقراره الثاني لصدوره
عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغير بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد
لغير يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غير وللغير
ان يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه بالاتلاف حقه باقراره لغيره في
وقت سمع منه ذلك قال ويجلس القاضي جلوسا ظاهرا في المسجد الجامع يجلس
للقضاء جلوسا ظاهرا ليلا يستتر مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وروي عن ابي
حنيفة انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام علي
البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار
مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال
الشافعي يكون الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس
لقوله تعالى انما المشركون نجس وتحضره الحايض وهي ممنوعة عن الدخول
في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقصد اليه الخصمان وبين
الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه عليه السلام
قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله يفصل الخصومة في مجلسه
وكذا الخلفا الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضا
بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله ونجاسة المشرك جواب

عن دليل الشافعي وتعويل نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا تمنع من دخوله
اذ لا يصيب الارض منه شيء والحائض تخرج الخاتم الى باب المسجد
او يريد يبعث القاضي من ينفصل بينهما وبين خصمها اذا كانت الخصومة في الدابة
فان قيل يجوز ان يكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد
ويخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشرائع فلا باس بدخولها
ولو جلس القاضي في دار لا باس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان دار
في وسط البلد كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها ماذن للناس في الدخول
بمعنى ان لكل واحد منهم في مجلسه معه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس
في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحضور الخصم واخذ الرشوة
قال ـــ ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه الحاكم لا يقبل الهدية الا من
ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته بالهدايا قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية قبل
من جواب القضاء اذا لم يكن على صفة المستفتي وهو حرام والاصل في ذلك ما روى
البخاري بإسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن الاتبية على
الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال عليه السلام فهلا جلس في بيت
ابيه او بيت امه فينظر اي له ام لا واستعمل عمر رضي الله عنه ابا هريرة فقدم
بمال فقال مرحبا ابن لك هذا قال تناتجت الخيول ولاحقت الهدايا فقال اي عدو الله
هلا قعدت في بيتك فتنظر اهدي اليك امك فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال
فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بعين الصفة واما القبول
من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جواب القرابة وهو مندوب الى
صلة الرحم والى الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما
قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بها وما
لم يزد فلانه ليس مما يؤثر على الفضائل وهو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد
وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا
والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهاديا قبل القضاء او لا
والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا والثاني كذلك لانه
داخل بالقضاء فيتهاداه والاول يجوز قبوله ان لم يزد مما له العادة على المعتاد قال
الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عندها افرادها لا يقدر ما زاد في المال لكن
يقبله ثم ان احذ القاضي ما ليس له احذه ما ذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم
قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واشار اليه

في

في السير الكبير وان لم يعرفهم الا ان الرد متعذر لعدم يضعها في بيت المال وحكمه
حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل
نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة
الا ان تكون عامة قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة
العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة
هي ما لو علم ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وصاحب
لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كان خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين
الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته
ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يجر بينهما دعوة ولا تهادا قبل القضاء وانما
حدثت بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما معاداة قبل القضاء لما
ذكر فخر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي
ان لا يجب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الاخر والى
التهمة قال ـــ ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة ويعود
المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم
ست خصال واجبة

وعليه الاحتراز عنها والان فيه كسر قلب الاخر فيجتنبه عن طلب حقه فيتركه وفيه
اجتراء من فعل به ذلك على خصمه وعليه الاحتراز ولا يأمرهم ولا واحدا منهم لانه يذهب
بهابة القاضي وينبغي ان يتيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه
في غير وقته وتمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والتعريف
والجلواذ من الجلوز وهي المنع ويكون معه صوت يجلس الخصمين بمقدار ذراعين
من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال ويكره تلقين الشاهد وهو
ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول
اتشهد بكذا او كذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكون تلقينا للخصم وهو قول
ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان
القضا مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحضر الشاهد عن البيان لهابة مجلس
القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاستخلاص والتخييل واما في موضع
التهمة مثل ان ادعى الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد
بالالف فالقاضي قال يحتمل ابراء الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووقف في
شهادته كما وقف القاضي فحذا لا يجوز بالاتفاق وتاخير قول ابي يوسف يشير الى
اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم فصل في الحبس
لما كان الحبس من احكام القضا وتعلق به احكاما فرده في فصل على حدة وهو مشروع
بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة ظلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه
وسلم وابي بكر وعمر وعثمان سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما
كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن باسم قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص
فبنا سجنا من مدر وسماه مخيسا ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقها فان
امتنع المطلوب من الاداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء
فلاخلاف ان لا يجبر بالضرب فيكون بالحبس قال واذا ثبت عند القاضي وطلب
حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلوا اما
ان يثبت بالاقرار او بالبينة وان كان الاول لم يعجل بحبسه وامر بدفع ما عليه لان
الحبس جزا المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره ولم يظهر لكونه مماطلا
في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان ابيت
ايفا حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه
كما ثبت لظهور المماطلة بانكاره وروي عن شمس الايمة السرخسي عكس ذلك ووجهه
ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الان
لا اتوانى في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال يجوز فقد وفي حق

الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين
لا يخرج لجمعي رمضان والعيدين والاضحى والجمعة وصلاة ملتوبة وجمعة فريضة وحضور
جنازة بعض اهله وموت والد وولد اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق
الميت تفوت مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ولد
لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا العذر من الخروج كثير ضرر بالطالب
وان مريض وله خادم لا يخرج لانه شرع لتفريج قلبه فيتسارع الى قضا الدين
وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرجوه لانه اذا لم يكن من يمرضه فيموت
بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته
فيطأ هما جهرا لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضا شهوة البطن فكذا شهوة
الفرج وقيل الوطي ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع
من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاوروهم في قضا الدين ويمنعون من طول
المكث عنده قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم
عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان
ادعى الاعسار وانكر المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه
بدلا فان امتنع بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول قول المدعي وقد ذكر القدوري
هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع والقرض
بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا احصل المال في يده
ثبت غناه فوزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله وانقامه
على التزامه باختياره دليل ليسار اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على اداءه
وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن وتخريج منه ما لم
يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر ما حل دون مؤجله
لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال
ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير
لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له
مالا بينه فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعي عليه في جميع ذلك
اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد ولا مال له والمدعي
يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان الاصل قول
المديون مع يمينه ويروى ان القول قوله الا فيما بدله مال وهو مروي عن
ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل
فكان القول للمدعي وما لم يكن بدلا مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك
فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته

على القضاء فيتمسكا بالاصل وهو العسرة وذلك ثلاثة اقوال وفي المسئلة قولان احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان حكم الزي ان كان زي الفقراء كان القول له وان كان زي الاغنياء كان القول للمدعي الا اني اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب مأوجههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان المحفوظتان تؤيدان القولين الاخيرين اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكرا ولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما للذي كان القول لمن عليه الا فيما يدله مال فلان لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخران وقوله والتخريج على ما قاله في الكتاب يعني الغدوري جواب عن المسئلتين نص للمذكور فيه وتقدير انه اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو الا يسقط الا ابراء من له و ابقاء من عليه ولذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد ذلك على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به تحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حياته وعائد من جهته الا بالايفاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم بيان ان القول فيه قول المدعي ان له مالا اوثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسال عن حاله ويخبرانه واهل يخبرنه عن يسار واعسار اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار ماله ان كان بالخفية فلا بد من مدة يغلب على الظن فيها ذلك وقدروه بشهرين وثلاثة اشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال شمس الائمة الحلواني هو الصحيح من الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى سنة اشهر والصحيح ان تثبتا من ذلك ليس بصحيح بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي

لاختلاف

لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر لكثير منجر بعد ارتكاب المدة التي ضجر الاخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يضجر بمن المدة ويظهر المال ان كان له مال ولم يظهر يسال عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كان ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهد ان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فتكون الشهادة بامر حادث اثباتا للنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه بعد ما حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فليس للقاضي ان يعمل برايه ولكن لو سال كان احوط قيل محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء لان الشهود لم يشهدوا بعد ارملك ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيد في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يثبتوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يتقفى بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين يثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي راها القاضي برايه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهرا وشهرين او الاربعة على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعد ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في نسخ ادب القاضي قالوا واذا اثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو اقامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا شيء له الا ما يسوي كسوته التي عليه وثيابه بذلته وقد اخبرنا امس سرا وعلانية فيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس فمن محمد فيه روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل

وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة وفي احرى وعليها مشايخ ماوراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا بدت بعيد وقيل الحبس ما تابدت واذا حبس ومضت المدة فقد تابدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي قال القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمايه وهذا الكلام يعني قوله المنع عن ملازمة المديون لعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك ام لا سنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل افرعند القاضي بدين فامر بحبسه ثم بدا له عنه فان كان موسرا امر بحبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا ظاهر مما قدمنا ذكره في اول الفصل او نحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل قوله والحبس واو يعني اذ المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه لنحتاج الى ذكرها فلا نعيده قال وحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على الرجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولد لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والد كالحد والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولد وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصد اتلاف الولد قالوا ان النفقة تستقط بمضي الزمان فلا يكون تدارکها وساير الديون لم تستقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين مكاتبة اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسبه بمنزلة الحر فيحبس لمولى الاصل وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من استقاطه فلا يكون بالمنع ظالما فيحبس في غير ان الحر لا يتمكن من فسخ سبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فستقط به الدين عنه كدين الكتابة

باب قضاء القاضي في القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجل يتم بقاض واحد وهذا يتبين والواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فليف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوز لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال وتقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق ثبتت بالشهادة دون ما يندرئ

ان المحرر اذا نسب ما ظهر ان لا يحبسه اولا وهلم ويحتاج الى تاويل لما ذكره المصنف فتامل بتمامه ومراده اي مراد محمد اذا اقر عند غير القاضي وعند حسن قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمدا من الائمة الحنفي فيما نقل عنه من العكس في اول الفصل

بلغ مقابلة بحب العلامة

بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى كتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهد وا على خصم اولا وتكلموا بشيء ان انه ليس له المدعى عليه الدين او كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه ليلا يتبع القضاء على الغايب فالمراد به ما لم يكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة ولتحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم فان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغايب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو كتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافتى رابئا وخالفه لا تصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذ والا فلا لعدم اتصال الحكم وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرايط منها العلوم الخمسة وفي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكر ما عداها ان شاء الله تعالى قوله وجوازه هو الموعود بقوله على ما بينا وهو يشير الى ان جواز ثابت بمشايعته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم وكما جوز الشهادة على الشهادة لاجل حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الحكم

الاحكام

وقوله يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكل ذلك بمنزلة قوله وهو يعرف اي الدين معرف بالوصف يشير الى ثلاثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين محتاج اليها فان الشاهد محتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي كانت بمنزلة الشياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا ترى ان الاشارة الى الدين والديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك مانعا بالاجماع وتقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا تحتاج الى الاشارة ولا تقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء قال العبد يخرج خارج البيت غالبا فيتعذر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخرج داخل البيت غالبا وعنه ابي عن ابي يوسف انه تقبل فيهما بشرايط تعرف في موضعه يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشرح ادب القاضي وصفه ذلك

شبكة الألوكة www.alukah.net

بخاري ابن عبد له الي سمرقند مثلا فاخذ سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخاري ان يكتب شهادة شهوده عنده يحيب الي ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي صفته كيته وكيته ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد علي كتابه شاهدان ويحملها ما فيه ويرسلها الي سمرقند فاذا انتهيا الي المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عليه عنده بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الي المدعي لا يقضي له بها لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد وبما ظهر للمدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد طوقا من رصاص ليلا يتهم المدعي بالرقة ويكتب كتابا الي قاضي بخارا ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما فيه واذا وصل الي قاضي بخارا وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الي العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الي ذلك القاضي غائبت عنده ليبرا كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخاري لا يقضي للمدعي للعبد لان الخصم غايب ولكن يكتب كتابا اخر الي قاضي سمرقند فيه ما جري عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الي سمرقند حتي يقضي له بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرا الكفيل وصفة الكتاب بالجواري صفتها والعبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الي المدعي ولكنه يبعث بها معه علي يدامين ليلا يطاها قبل القضاء بالملك وانما انما ذلك ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا ادي العبد اليه ليستخدمه قهرا ويستغلة فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لعين لان الحلية والصفة تشبهان بان المخلوقين متفقان في الحلي والصفات فالاخذ بالقياس اولي وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول فا — لا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الي القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل وامراتين اما اشتراط الحجة فلانه كالمرفوع والاداء مرتد ونحن واما قبول رجل وامراتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو ما يطلع عليه يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سايرالحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الي القاضي بغير بينة قياسا علي كتاب اهل الحرب واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان معني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتي لو امنه الامام صح لانه ليس علزم فان للامام رايا في الامان وترکه وبخلاف رسول القاضي الي المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام علي الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا تري انه لو قضي بالشهادة بلا تزكية صح وقبل وبخلاف رسول القاضي الي المزكي قيل قد يشير الي ان رسول القاضي الي القاضي علم معتبر

ونص الاسبيجابي علي ان الفتوي علي ذلك

اصلا

اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحادهما في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله واتحادهما في عدمه لان القياس يابي جوازهما وقرن بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين علي الكتاب دون الرسول فبقي علي القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان الخطاب من موضع القضاء يكون حجة واما الرسول فقام مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضايه كقول واحد من الرعايا فا — وجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرا الكتاب اي كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بالاعلام وهي باطلة قال الله تعالي الا من شهد بالحق وهم يعلمون وختم بحضرتهم ويسلمه الي الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بعد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الي الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة علي حفظهم فان فات شيء من الاصول المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف اخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا شهد القاضي ان هذا كتابه وختمه وشهد واعلي الكتاب والختم عدول القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء واما قال اخرا الان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد واختار شمس الايمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا علي الناس فا — واذا وصل الي القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم ولكن لك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس بالحكم بل للنقل فكان جايزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب مختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به فا — فاذا اسلمه الشهود اليه اذا سلم الشهود الكتاب الي المكتوب اليه نظر الي ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه علي الخصم والزمه ما فيه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتاب فلان وختمه قبله وفتحه لما مر انهم ليشترط شيا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج المدعي الي ان يزيد في شهوده وانا يمكنهم

ادا الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه اما اذا ذاك
الخاتم فلا يحتاج ذلك وهذا يرى انه ذو وظاهر قال المدعي انما يحتاج الى زيادة
الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فاما اذا لم تكن شرطا فكما ادوا الشهادة
جاز قضاؤها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود
بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك على الكتاب
وفيه نظر لان ذلك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد من انه يجوز الفتح عند
شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما قاله الصدر الشهيد
في المتني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضا حتى لو مات او عزل
او خرج عن اهلية القضا بجنون او اغما او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما ذكر
من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل
الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي لان كتاب القاضي الى
القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه يكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده
بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا
بعد ادا الشهادة قبل القضا وانه لا يمنع القضا ولنا القول بالوجوب وهو ان الكاتب
وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضا بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط
فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على
القاضي لسماع البينة قضا لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه
ولا يجب القضا عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فيبطل كما في سائر الاقضية كما اذا
مات القاضي قبل امضائها واستدل المصنف بقوله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا
لا يقبل اخبار قاض اخر في عزله او في عزلهما وهذا ظاهر فيما اذا عزله اما في الموت
او في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا
ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى ولان الا ذا كان حيا وعلى اهليته القضا لم يبق
كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى ولذا لو مات المكتوب
اليه بطل فيما يبدو قال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضا كالوقال
والي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول
وامانته والقضاة يتفاوتون في ارائهم الا ما شاء فصار وا كالامناء في الاموال وهناك قد
لا يعتمد على كل واحد فكذا هاهنا الا اذا خرج باعتماده على الكل فيعد تعريف واحد منهم
بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لانه اي عاهو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره نائبا لا يخلو
اما اذا كتب ابتدا من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول

بعد فصل ختم غير ممكن وقد ستتن على وكتب بانه قل الخاتم نوع عمل بما كتب والكتاب لا يعمل ما لم يظهر عدالة الشهود

والعلم

والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول لابي يوسف في جواز فانه حين ابتلي بالقضاء
وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولوبات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم
مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود
ولنا ان فيه شبهة البدلية قضاء كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان
مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما فصل اخر قال في النهاية قد
ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا تصل به قضاء يجب على القاضي المكتوب اليه
امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب للقاضي لان الرأي له في التنفيذ
والرد ولذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل
لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي
لكن قوله اخرنا في ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل
اخر والاولى ان يجعل هذا فصلا اخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا
فصل اخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة
جايز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص فتهي اهل القضا اعتبارا لشهادتها وقدم
الوجه اي في اول ادب القاضي ان حكم القضا يستثنى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما
من باب الولاية وكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضا في غيرها وقيل اراد
به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان فيه
شبهة البدلية لا معتبر بهما وشبهتها لذلك كما يجيء وقضاؤها مستفاد من
شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضا بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه
ذلك لانه قلد القضا دون التقليد به اي بالقضا فصار كالوكيل بالتوكيل
الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف
لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء بفواته فكان
الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لان المأمور اذا كان ذلك
الغير سمع الخطبة لانها من شرايط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه
الحدث فاستخلف من لم يشهد هاجاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض عن
افسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في حق الحالة ولم يشهد الخطبة
واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وابيل
ان الحاقه بالثاني لتعذر شروعه في تلك الصلاة اولى فتامل قوله ولانه لذلك القضا
اي ليس القضا كالجمعة لانه غير موقت حتى يفوت بالتاخير عند العذر فمن اذن
بالجمعة مع علمه انه قد يعرض له عارض يمنعه من اتيانها في الوقت فقد رضي
بالاستخلاف بخلاف القضا فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بحضرة الاول

وفي اهل الشهادة في غير الحدود والقصاص فيما اهل للقضا

قيل

بطل

لان المستخلف

او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجاز الاول جاز اذا كان من اهل القضا كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يوذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازة الاول جاز وقوله لانه حضر رأي الاول يصلح دليلا للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضا رأي القاضي وقلد نفوذه لاعتماده على علمه وعدله والحكم الذي حضره القاضي واجاز ان قضا حضر رأي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فلما في كتاب الوكالة قيل يحمل الاذن في الابتدا كالاجازة في الانتها فلم يحتلفا في الجواز وعزله واجيب بالمنع فان البقا اسهل من الابتدا وان الحكم الذي اذن له القاضي في الابتدا ان قضا لم يحضر رأي القاضي وكان رضي الخليفة بنفوذ قضا القاضي مقيدا به قوله فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي وكل من شيت كان له ان يولي عن يصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يفوض له واستبدل لمن شيت فيملك الاول عزله وهذا بنا على ان امر القاضي لا يتعدى الى غيره ما فوض اليه فاذا قال الخليفة وكل من شيت واقتضى على ذلك كان امرا له بالتولية والعزل خلافه واذا اضاف الى ذلك واستبدل لمن شيت كان امرا لهما فكانه قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة وهو الذي يتصرف في القضاء تقليدا وعزلا كذا في الجوهرة قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما فوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايضا واجيب بان اداء وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي بخلاف القاضي يكون الموصي راضيا باستعانته من غير ولا لذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والنيابة ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا فان كان ذلك مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والسنة اي المشهور كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي والاجماع كالحكم ببطلان قضا القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا قضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتاخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل للاستثنا فكانه يقول عدم تنفيذه انما كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه فانقضه

حضره

بينهما

فقضى

قضى به القاضي ثم جاء قاض آخر فرى غير ذلك امضاه وفيه فايدتان احديهما انه قيد بالفعل اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بوضع الاجتهاد فانفوذ قضاء بوضع الاجتهاد لا يتبين المرفوع اليه على قول العامة كذا في الجوهرة والثانية انه قيد بذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا فانه اذا اشتد وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه اولى ورواية القدوري سالته عن الفايدتين جميعا والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضا ميكا تي محل اجتهد فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول في انه كلا منهما يحتمل الخطا وقد ترجح الاول بالاتصال بالقضاية ولا ينقض عادون درجة وهو ما لم يتصل القضا به ولقايل ان يقول القضا في المجتهد فيه متفرع على راي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث انه الاصل عند وجود ما يرفعه بل اصله بلا فرع اذ الشي المساوي للشي في القوة لا يرفع ما يساويه مع شيء اخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويويد ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بين رجلين ثم اتى عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا امير المومنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المومنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هناك غير اخر لقضيت لك ولكن هنا رأيي ورأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه فقد عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل السبيا ان ايضا بطريق الاولى انه ليس بخطا يقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كما مة المجتهدات ووجه عدمه انه زعم فساد قضايه وهو مواخذ بزعمه قال المصنف وعليه الفتوى قال ثم المجتهد فيه انما يكون مخالفا لما ذكرنا اذا كان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ما ما اذا كان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المذكورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى حاكم ينفذ له يبطله حتى لو نفذ ثم رفع الى قاض ثالث نقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذ كما مر فان نقضه رفع الى ثالث فانه ينفذ القضا الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسا فان السلف اتفقوا على عدم تزوج امراة الاب وجاريته ووطيها ان وطيها الاب فلو حكم حاكم بجواز فقضه

بقوله

هو منه او مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحا لاصله من حيث بقاءه

وقال ابو يوسف ومحمد استعد في الوجهين لانه قضا بما هو خطا عنده وفعل بعزيمة

شبكة الألوكة www.alukah.net

ما اجمع عليه

من رفع اليه والمراد بالسنة المشهور منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه الجمهور
اي جل الناس والا فالرهم ومخالفة البعض غير معتبر لان ذلك خلاف الاختلاف
فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع
فنقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف
ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ
له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان
الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع
بدونه كقول ابن عباس في اشتراط عجب الامر من الثلث الى السدس بالجمع
من الاخ وفي اعطاء الثلث للجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم
لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف
ولا يحمل على قول من يرى ان اختلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح
عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين
لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برأيه مما يخالف رأي
من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم يرد لذلك كان له ان
ينقضه قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر تحترم فلما قضى القاضي
تحترم في الظاهر اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى
ما حلال لكن بشرط ان تكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق ذ
او اعتاق لا في الاملاك المرسلة وهو مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقاما عليها شاهدي
زور وقضى بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف
الاخر ولذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور
سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من
جهة البايع مثل ان قال اشتريت مني هذه الجارية فانه تحل للمشتري وطؤها
في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع
بثمن مثل قيمته او بما قل مما يتغابن فيه الناس او لا عند بعض المشايخ لان الشهادة
شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة
وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب واذا لم
يملكا التبرع فكان كسائر المبادلة وقال بعضهم انما ثبت النكاح والبيع اذا كان
القضاء بحضرة من الشهود لان شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان
القاضي يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه

في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يحل المحل مجتهد فيه هو الاختلاف فيه

وانما يصير منشاء

تبرع

نبرع ومن المنسوخ ما اذا ادعى احد العاقدين فسخ العقد في الجارية واقام
شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه طلقها
ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء
العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا ان علم الزوج الاول لم يطلقها بان كان
احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي
لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم فما حل له ذلك واما الزوج الاول
فلا يحل له الوطي عند ابي يوسف اخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل
ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه ولكرشيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف
الاخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل
بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم قال ولا يقضي القاضي على غايب
القضاء على الغايب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال
الشافعي رحمه الله ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز
والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون عين واستدل بان
ثبوت القضاء بوجود الحجة وهو البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحمل للقاضي العمل
بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق
الصدق والكذب ولا يجوز بنا الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة
ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وانكر الحق لحاجة اليها ولا
منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد علمت بالشهادة بدون الانكار اذا حضر
الخصم وسئلت اجيب بان الشرع انزل منكرا حلا لا من على الصلاح اذ الظاهر من
حال المسلم ان لا يسئلت ان كان عليه دين او دفعا للظلمة ان اراد بسكوته توفيق
حال المدعي عن سماع الحجة فان الانكار موجود احكما وان قال علمنا ان لا منازعة
الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل
في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا
لوجود ما يعرفه عن الكذب من العقل والدين فلا يترك الاقرار لعقله ودينه
ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا
كانت شرطا واللازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط
وسيأتي له جواب اخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور
الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان
النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد احتمال
ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبته او يقر فقبل
القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة وفرع ذلك بعد الحكم ممكن ويبدا بطاله

وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوايد قوله ولانه يحتمل الاقرار الي اخره دليل
اخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان ويشتبه في وجه القضاء
والحمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار اووجه القضاء يحتملهما من الخصم
فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان
على المشهود عند الرجوع ويظهر في الزوايد المتصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق
من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عندا فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة
فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق
ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله خلاف الحكم بالاقرار
فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لايرجع الباعة بعضهم على بعض
فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لايفصل بين كون الخصم
حاضرا وغايبا او بحديث هند حيث قالت يارسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لايعطيني
مايكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف
فقد قضى عليه بالنفقة وهو غايب اجيب عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى
شيئا عليه اقامة البينة ليس محل النزاع حتى ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على
الغايب اولا وليس مايدل على نفي واثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عليه
السلام لعلي حين بعثه الى اليمن لاتقضين لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك
اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث
حسن وعن حديث هند بان رسول الله كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان
الا ترى انها لم تقم البينة قوله ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لايقضي القاضي في
غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء
لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب
الموعود بقولنا سياتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول الشرط الاصرار على
الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان
الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات قال ومن يقوم مقامه لما ذكرنا ان
القضاء على الغايب لايجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام
الحاضر مقام الغايب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما
ان يكون الفاعل هو الغايب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام
وصيا من جهته والثاني اما ان يكون مايدعي به على الغايب سببا لازما لما يدعي به
على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا
في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار دار اشتراها من فلان

والمفصله ع

وهو يعم كونه متروك الظاهر بان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ع

١ الغايب

الغايب وهو يملكها فان المدعي هو الدار واحد وما ادعي على الغايب وهو الشراء سبب
الثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لامحالة اوشيئين مختلفين
كما اذا شهد شاهد ان لرجل حق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغايب
فاقام المشهود له بينة ان فلان الغايب اعتقهما وهو يملكهما قبل هذه الشهادة والمدعي شيئان
المال على الحاضر والعتق على الغايب والمدعي على الغايب سبب المدعي على الحاضر لامحالة لان
ولاية الشهادة لاتنفك عن العتق بحال فالقضاء بهما على الحاضر قضاء على الغايب والحاضر
ينتصب خصما على الغايب لان المدعي شيء واحد في الاول وكشيء واحد في الثاني لعدم
الانفكاك فاذا حضر الغايب وانكر لم يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما
نظاير في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعي شيئا
واحدا او شيئين مختلفين لم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء
اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت
دون وقت فان الحاضر به لاتسمع خصما عن الغايب كما اذا قال رجل لامراة رجل غايب
ان زوجك فلانا الغايب وكلني ان اجدد اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا واقامت على
ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغايب
حتى اذا حضر وانكر الطلاق تجب اعادة البينة لان المدعي على الغايب وهو الطلاق
ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يد فان الطلاق متى تحقق
قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا
بالحمل بعد الطلاق فكان المدعي على الغايب سببا لثبوت المدعي على الحاضر من وجه
دون وجه فقلنا يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف سالك
عن هذا قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان اعني ما يدعي
به على الغايب شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان امراته
فانت طالق فادعت امراة الحالف عليه ان فلانا طلق امراته واقامت على ذلك بينة
قال المصنف لاعتبار به في جعله خصما عن الغايب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان
الغايب لاتفيد لان ذلك ابتدا القضاء على الغايب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة
الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما في السبب لان دعوى
المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط لان المعتبر هو السبب اللازم والتوقف
فيه اكثر للونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغايب
وهو في الشرط موجود واخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من يقيمه ويملاعن
الغايب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغايب
والمسخر لايقوم مقامه دلوفي الدخيرة وهو احدى الروايتين فيه كما انه اختار قال
ويفرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يفرض اموال اليتامى ويلتمس الصك لاجل تذكر

على رجل ع

العبد ع

الحق وهو الاقتراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقايها محفوظة فان القاضي لكثرة اشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن محفوظة وبالقرض يصير محفوظة مضمونة فيتعين فان قيل نعم فولدك لك لكن لم يوجد التوي بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة تحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوي بالجحود لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كالقاضي يعدل وكامل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والمباني في رواية تجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرض ممن يأمن جحوده وان اخذ الاب قرضا لنفسه قالوا لا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك بابـــــ التحكيم هذا الباب من فروع القضاء وتاخيره من حيث ان الحكم اذ في مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما الصدور حكمه عن ولايته عليهما وهذا اذا كان الحكم بصفة القول لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لانهما وقعتا قبل تحكيمهما اجاز ان في القضاء دون التحكيم عندي واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا برضا الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يلحق ولا يفيد خلاف القضاء والامضاء لانه تفويض واذا كان الحكم بمنزلة الحاكم اشترط فيه اهلية القضاء ولو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها قال ـــــ ولا يجوز حكم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي تحكيم المسلمين وان حكمه اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والحدود في القذف وان تاب لانه من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم اهليتهما الشهادة فيهما لان حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه يعتمد رضى جنبهما لانتفائهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا يستقط

بلغ مقابلة بحسب الطاقة

الحاكم ح

اذ ح

ما قيل

ما ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ابضا فان قيل اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم عن صدور عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل او السلطان فانه لا يرد واذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفايدة امضائه انه لو رفع الى حاكم مخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يتمكن لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم ولاية التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاء جهة في حق الكل فلا يجوز لقاضي اخر ان يرده قال ـــــ ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود والواجبة خالصة تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فجايز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جايز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية له على دمهما لما كان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك ان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المصنف فوله وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القذف في الحدود والقصاص بدل على جواز التحكيم في سايرها المجتهدات كالخلعيات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الايمة الحلواني مسئلة حكم المحكم تعلم ولا ينبغي لها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز لكن الامام الاستاد اباعلي السغدي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتي به كيلا يتطرق الجهال على ذلك فيودي الى هدم مذهبنا وان حكماه في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكما بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ويخالف النص حديث حمل بن مالك فتوا قد ذكرنا كما سيأتي في كتاب العاقلة ان شاء الله تعالى قوله الا اذا ثبت استثنا من قوله رده القاضي اي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقرار لان العاقلة لا تعقل واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا تحملها العاقلة وجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمس ابل او هو ويثبت ذلك بالاقرار او النكول او اذا كان عمدا وقضي على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تحملها العاقلة بان كانت موضحة

ولهذا

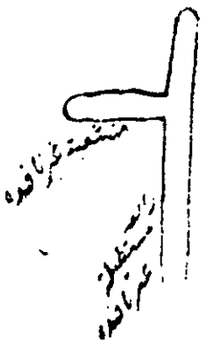
قد اختلفت كلمة ائمتنا من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص صحيح

فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤها اصلا لانه ان قضى بها
على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه وقوله
وتجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار لها عليهما بتسلطها جاز ان يسمع البينة وبقضي
بالنكول ولذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار الخصمين بان
بيتول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي
عليك بينة لهذا بكذا فعد لوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكره
المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى
القاضي ونفذ لان الحكم عليك انشأ الحكم عليه بذلك اذا كنا عملي تحكيمكما فيملك الاخبار
كالقاضي المولى اذا قال في قضاياه انسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت
على ذلك عندي فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه وكذا ههنا وان
اخبر بالحكم مثل ان يقول الحكم كنت حكمت عليك لهذا لم يصدق لانه اذا حكم
صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت
بكذا وحكم الحاكم لا يوجد ولا يرى ورجوعه بالعمل لان اهلية الشهادة شرط للقضاء
والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولي والمحكم بخلاف
ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما
رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لم يجز لانهما
انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى ولا يصدق قاض على ذلك الحكم بعد القيام
من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل
شهادتهما على فعل باشراه ففسد مسايل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا
اذا فرق ذكر في آخر كتاب ادب القاضي مسايل منثورة كما هو دأب المصنفين ان يذكروا في
آخر الكتاب مسايل تتعلق بابوابها استدراكا لما فات من الكتاب ويرجعون بمسايل شتى
أو متفرقة او منثورة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء
ويلي ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم وانه لجدير بالتأخير لاحالة
واذا كان علو الرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتصرف في علوه وتداعيا انتقت
فيه قوة فبير وضا صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا يجوز لكل واحد منهما ما لا يتضرر به
الآخر فصلا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون الملك مبلة الضرر لصاحبه
وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي
الاطلاق فلا يمنع عنه الا بما فيه ضرر فاحش مضر ولم يمنع بالاتفاق وانما تظهر ثمرة
الخلاف اذا اشكل عندهما يجوز المنع لان الاطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك
والاصل عند الخلل انه تصرف في محل معلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو فان
قرار عليه ولهذا منع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع الملاك عن التصرف كما منع

العلو ليس لصاحب العلو ان يضع عليه جذعا اذا كان على علوه وان يضع عليه جذعا اذا كان على علوه ولا يحدث كنيفا هذا لفظ الكتاب صحيح

والاضافة وقيل هو الصحيح وقيل اذا اضاف السفل لغيره فله ان يتصرف فيه كيف شاء وان اضافه لنفسه فليس له ان يتصرف فيه تصرفا يضر بالعلو كذا في الخلاصة

حق





حق الرهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر والاطلاق يعارض
وهو الرضى بدون عدم الضرر فتأمل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله
على انه لا مرئي عن منع ضرر بالغلق من توهين بنا اذ تقتضيه فيمنع عنه استظهارا على
المنع لافادة ما يتلوه ذلك قال واذا كانت زاوية مستطيلة سكة طويلة
غير نافذة فشغب عن يمينها او يسارها منها على هذه الصورة قال
ليس لاهل الزاوية الاولى ان يفتحوا بابا في الزاوية الفصوى لان فتح الباب للمرور
والحق لهم في المرور لان المرور بها كالسكة لاهلها خاصة لكونها بمنزلة دار
بين قوم ليس لاحدهم ان يفتح بابا فيها اذ لهم كذا هذا الا ترى انه لو بيعت دار في تلك
السكة ليس لاهل السكة العظمى ان يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة
بخلاف النافذة لان المرور بها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لان الفتح وضع لجدار وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا
لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع وللاصح انه يمنع من الفتح لان بعد
الفتح لا يملك المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما
يدعي الحق في الفصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع
وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزاوية الاولى غير نافذة وقد صرح الامام
بذلك ايضا ثم شيء ما لفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم
الاشارة حتى يكون تقدير وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزاويتين
جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فتكون من قبيل قوله تعالى قل
ارأيتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به اي بذلك
على احد الوجهين وان كانت الزاوية الفصوى مستديرة وقد لوق طرفاها يعني سكة
فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم
ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة ادعى ساحة مشتركة لكل واحد منهم
حق المرور في كلها ولهذا مشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بحق الصورة
قال ولو ادعى رجل ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده داره وطلب ان
يحلف المدعي عليه احلف ان له فيها حقا وانكر وابوا ثم اصطلحا جاز الصلح وهي مسئلة
الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح
من جهالة المدعي ومعلومية مقدار شرط صحة المدعوى الا ترى ان لو ادعى على انسان
شيئا لا يصح دعواه اجاب بان المدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا
لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما يفضي اليها وقابل
ان يقول جهالة المدعي اما ان تكون مانعة صحة تفضي الى المنازعة الدعوى اولا
فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنه لم يصح ذكر في النهاية

شبكة الألوكة www.alukah.net

نافلة عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعي
للمدعي به صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه
لان صحة الدعوي ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشجار والخصام وذلك
يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة
لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدارها يدعي فلا يكون رده مفيدا
قال — ومن ادعى دارا في يد رجل ادعى دارا في رجل اسمه وهي له منذ شهرين
مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد
فسئل البينة فقال لي بينة تشهد علي الشري لاني طالبت منه بجحدي في الهبة فاضطررت
الي شرايها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة علي الشري فان شهد
علي الشري قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل لظهور التناقض من وجهين
احدهما من حيث ان المدعي ادعي الشرا بعد الهبة حيث قال جحد في الهبة فاشتريتها والثاني
للتعقيب والشهود شهد وا بشرا قبلها فكان الشهادة مخالفة للدعوي والثاني من
حيث الدعوي نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشرا علي وقت الهبة
لا تدخيفيد يكون قابلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشرا قبل الهبة فكيف
يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشرا وان شهد وا بالشرا بعد الوقت الذي ادعي
فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم ليشهد وا انه
قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو
شهد وا به بعد ولو كان المدعي ادعي الهبة ثم اقام البينة علي الشرا قبل عقد الهبة
او وقتها ولم يقبل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم يقبل ايضا لان دعوي الهبة اقرار
منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوي الشرا قبلها رجوع منه فتدافعا واما
اذا ادعي الشرا بعد الهبة قبلت لانه تقرر ملك الواهب عندها فليس بمتناقض قبل
ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعي شرا باطلا لانه ادعي شرا ملكه بالهبة
واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل فتراضيا واشتري ما يملكه فكان صحيحا
قال — ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية وصل قاله الآخر اشتريت مني هذه
الجارية فانكره انا جمع علي تركه الخصومة اي عزم مقابله وقيل ان شهد بلسانه فعلي القلب
بالقلب ان لا يخاصم وسعه ايضا له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك
فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به ان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل
فيتلاقيان بقاء فجاز ان يتوارد احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه تحصل الاقالة
فاذا عزم البايع علي ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم
علي ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامراته تجحد زوجها النكاح وعزمت علي ترك الخصومة
ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ ولكن ليس هذا كذلك واجيب بان الشيء

ويتوقف الفسخ في حق الدعوي علي علمه بذلك اذا كان قادرا علي الوصول اليه فقدر من ذلك الوقت فسخ الهبة منها كما تقدم

يقوم

يقوم مقام عين اذا احتمل المحل لان العين بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد
اللزوم فكيف يقوم عين مقامه بخلاف البيع فان قيل بمجرد العزم فقد ثبت به الحكم
كعزم من له شرط الخيار علي الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده بترك المصنف في
الجواب فقال ويجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو اسألك
الجارية ونقلها من موضع الخصومة الي بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل
بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما لانه وبه يندفع ما قال زفر
انه لا يحل له وطيها لان البايع متي باعه من المشتري بقيت علي ملكه مالم يبعها او تقايلا
ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود لانه قوله ولانه دليل اخر فان المشتري
لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذرت فات رضا البايع وفواته
يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيحصل عزمه فسخا علي ما مر
والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا علي الفسخ من الجانبين
وحصل بجحوده فسخا من جانبه والعزم علي ترك الخصومة من جانب البايع
وفي الثاني مرتب علي الفسخ من جانب البايع باستيفاده قال — ومن اقر انه
قبض من فلان عشرة دراهم اي ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم
قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء
كان منفصلا او موصولا دل علي الاول دلالة ثم في الكتاب والمقترح به في عين
وفي بعض نسخ جامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضي والمعني ههنا واحد والحكم
فيهما سواء وجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه
لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من
جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار
بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله علي ما له حق قبضه
لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعي انه زيوف لم يسمع منه فلذا هنا
اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجاد وهو منع للملازمة وقوله حملا
لحاله علي ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه كما انه دون حقه وانما الممنوع
من القبض ما يزيد علي حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم
الاقرار بقبض الجياد فيدعواه الزيوف لم يكن مناقضا بل هو منكر لقبض حقه والقول
قول المنكر باليمين والبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من
هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او تكفه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعي ان المقبوض زيوفا او بهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول
ودلالة في الثاني لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل علي التمام والاتمام
دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعي

ذلك ح

عيبا في المبيع على البايع وانكره فان القول قول البايع لان المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البايع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد بنقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسايل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا موصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا والا ان يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليك وحقي عليه جعل مقدرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال فلان علي الف الا ماية فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال لفلان علي ماية درهم ودينارا الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكر موصولا هكذا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض الحنطة ثم لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان مناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في اختلاف الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراض وقع الذهول عن التدقيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والتيوجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا او لا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الاخر بقي الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف انه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الاقل من الكل كما مر لا من انه حيث اتى ببيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختار المصنف فانما اغتر به الى شيء من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار فقد لا يجدي نفعا لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والتيوجة ما تردده التجار ولعله ادنى من الزيف والستوقة ما يغلب عليه النحاس قيل هو معرب شيوقي وهي ادنى من التيوجة حتى خرج من جنس الدراهم قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار انما ان يكون بما يحتمل الابطال وبما لا يحتمل فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته او لا والاول

يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر مستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رد المقر له بقوله بل لي عليك الف درهم غير مفيد لانه دعوى فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثبتا لزم المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان مما يحتمل الابطال لكن المقر له يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني للمقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حتمها فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الاخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قديم ولهذا لو كانت جارية حل وطيها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والتقل كالدليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البايع يستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشري لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا اقر بنسب عبد من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال ـــ ومن ادعى على آخر مالا اذا ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك علي شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي عليه البينة على ما ادعاه واقام المدعي عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا ترى انه يقال لقضي بباطل كما يقال للحق وقد يصالح على شيء يثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا فاذا دلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والزنى فقال الا ترى انه لو ادعى على رجل مرمد فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة

قضى ح

على الابرا والعفو او الصلح معه على مال فبثلث ولذا لو ادعى زوجة جارية فانكرت
واقام البينة على دعواها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف واخذت
اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك
ولا جرى بيني وبينك مخاطبة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء ولذا على الابرا
لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين لعذ واعطى قضاء واقتضاء ومعاملة بلا
خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المخاصم والمحنة
قد تؤدي بالشخص الى ابائه بعض ولايه بارضايه فلا معرفة ثم يعرفه بعد
ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا يكون الجواز اذا كان الذي عليه ممن يتولى
الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابرا في هذا الفصل باتفاق
الروايات لانه يتحقق بلا معرفة قال ومن ادعى على اخر انه باعه جارية
هذه اي ومن ادعى على اخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها
منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل
تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البايع فاقام البينة انه برئ اليه
من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف
اثبته عن ابي يوسف واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل
اعتبارا بما ذكرنا من صونة الدين فانه لو انكر اصلا ثم اقام البينة على القضاء
او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضي فامكن التوفيق فلذلك لا يجوز ههنا ان يقول
لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سالتك ان يبرئني عن العيب فابرأني
وجه الظاهر ان شرط البراءة تغير للعقد من اقتضا وصف السلامة الى عين وذلك
يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو فاسد لان
فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضي وان كان باطلا على ما مر قال
ذكر حق كتب في اسفله اني اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في اخر ومن قام
بهذا الذكر الحق فهو لي ما فيه واراد بذلك ان اخرج هذا الصك وطلب ما فيه
من الحق فله ولايه ذلك ان شاء الله تعالى اولكتب في ثياب شراما ادرك فيه فلانا
من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله عند ابي حنيفة وقالا
الاستثنا ينصرف الى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام به بذكر الحق والشهادة
صحيح والمال الغرامة به لانه استثنا وهو يصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوثيق
وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يبق له هذا خلاف باطل وان الاصل
في الكلام الاستبداد الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق
مطلقا واذا لم يكتب في اخر ان شاء الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول
عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد

فلا كون ما في الصك بعضه مرتبطا بعض فيصرف الاستثنا الى ما يليه

ذلك

ذلك وهو العطف ولابي حنيفة ان الكل ههنا كمن بنى كتبي واحد كلم العطف فينصرف
الى الكل كما لو قال لعبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله
فانه يتصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستيثاق متصلا من غير فرجة ببياض لصيق
بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبل قوله ومن قام بهذا الذكر
فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفاية كتبه ومن قام بهذا الذكر
في الشرط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول
ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عند من من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة
وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للقرائن لا يرضى بتوكيل
المقر له من يخاصم معه كما يلحقه من لياذة الصور بتفاوت الناس في الخصومة
فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة تجايز كما تقدم وقيل هو
للاحتراز عن قول ابن ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم
الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة
عنده لا يثبت فوجوده كعدمه فصل قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب
تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال واذا مات النصراني فجاءت امراته مسلمة
ذكر مسئلتين فيما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء
على ثبوته في وقت اخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي
فيكون ثابتا في الحال لحياة المعقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم
بثبوته في الماضي لجريان ما الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا
كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امراته مسلمة فقالت اسلمت قوله
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة عندنا وقال زفر القول
قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات
ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال اي باستصحاب الحال
يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ما الطاحون اذا اختلف فيه العاقدان
بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماجار يا في الحال كان القول للاجر وهو
صاحب الطاحون وان كان منقطعا كان القول للمستاجر قوله وهذا معنى
تحكم الحال والحال الظاهر تعين لدفع استحقاق الميراث وهو صحيح وهو اعني زفر تعين
للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر انما جعل استحقاقا للميراث
بالحال بل بان الاصل في الحادث اضافته الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان
ذلك ايضا ظاهر او الظاهر استصحابا كان او غيره لا يثبت للاستحقاق على احد
يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت
مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقال الورثة اسلمت بعد موته فالقول

قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحليفه يودي الى جعله حجة للاستحقاق الذي
محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا اندفع الدليل وقوله اما الورثة فهم اخرون
اثنان الى بعض اخر وهو ان في كل مسئلة منها اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان
نصرانية امراة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا
بالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو
موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني ولو
اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال ثبتا وهو باطل فاعتبرنا
الثاني ليكون دافعا فكان القول قول الزوج واما في الثانية فلان نصرانيته كانت ثابتة والاسلام
حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي
ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال متبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا
الاول ليكون دافعا والورثة هم الرافعون فيفيدهم الاستدلال بحدوثه ويشهد
لهم دليل اخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل
ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهرا وفي المسئلة الاولى معارضا
للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات
وفرق معتبر للاثبات ونقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب
لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا لجميع مقدماته لما قضي بالاجر على المستاجر اذا كان ذلك
الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال
به لدفع ما يدعي المستاجر على الاجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر ولما ثبوت
الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن
عما في النهاية عن التطويل قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف وديعة
ولرجل مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن الميت
لا وارث له غيره يقضي للحاكم عليه بدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث
وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث
بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض وانه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع
لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على حق الغير ولقائل ان يقول كان
الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع بجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يجب
قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وعينه فان خلافة الوارث متاخرة عن ذلك
والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال
متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن اولا قيل يضمن
وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع
وفي المنع عند يضمن فكذا من وكيله وان سلما هل له ان يسترد ها قبل لا علك

ذلك

ذلك لانه يصير مساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غير
بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه لم يتم اقراره على الغير بل اقراره منه على نفسه لان
الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل اخر بانه ايضا ابن
الميت وانكر الاول وقال له ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره
للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فلا اقرار الثاني بكون اقرارا على الاول
فلا يصح كما اذا كان الاول غائبا وفارقه حين اقر للاول لم يلتفت احد فصح اقراره وحين
اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غير ينبغي ان لا يوثر في اقرار
فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء
كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما اقر لغير من اقر له القاضي وقد تقدم
في ادب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني ملجئا شرعا فلا يلزم
الاقرار قال — واذا اقتسم الميراث بين الغرماء الى ان حضر رجل وادعى دارا
في يد احدهما كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد او لا فان
كان الثاني واقاما على ذلك بينة قضي على ثلاثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا
لورثته ولم يزيدوا عليه ولا عدد هم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع شيء حتى يقيم
البينة على عدد الورثة لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف له وارثا غيرهم وبه
يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه
ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم
لا نعرف له وارثا غيرهم فان القاضي يلومهم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطاوي مدة
بالحول فان حضر وارث غيرهم قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان
الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه
لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان
ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه او من النصيبين وهو النصف
والربع عند محمد واقله وهو الربع والثمن عند ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطربا
فان كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال
ابو حنيفة لا يؤخذ وبنسب القايل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وان كان
الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكن الاقرار حجة قاصرة فلحق القاضي ناظر للغايب
ولا نظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي
العبد الابق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى
نفقة امراة الغايب اذا استفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يفرضها المودع
وبقيام النكاح بانه تفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر
ثابت قطعا ان لم يكن له وارث اخر بيقين او ظاهرا ان كان له وارث اخر في الواقع ولم يظهر

وهي حجة لما قلنا مالك

وقال ابو ذلك

شبكة الألوكة www.alukah.net

عند العالم فانه ليس بحلف باطلان بل عاطل عند من الحجة فكان العمل بالظاهر
واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يوخر لموهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد
او اثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى الذي
من غير كفيل وان كان حضور متاخر قبله وغريم اخر في حق العبد متوهما فلا يوخر
حق الحاضر لحق موهوم اي زعم ان الكفيل قوله ولان المكفول له دليل اخر على عدم
جواز اخذ الكفيل وذلك لانه تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا
المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الفريقين فان قيل اذا اقر به ذو اليد يوخذ
منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك لجهالة المجهول اجيب بانه اذا اقر به ذو اليد يثبت له
فيه حق وايثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا محالة وافضى الى ثبوت
المال وهو معلوم فكان التكفيل له وفعل المتوقع شيء فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال
لا يقال الحاكم ياخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة
كما مر وهي من الميت غير متصور وعورض بان القاضي يلوم في هذه الصورة
بالاجماع على ما مر اه وفي ذلك تاخير حق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم حق موهوم
فدل على ان التاخير جايز واجيب بان التلوم ليس لحق الموهوم بل انما هو امر يفعله
القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يبدله على نفي شريك الحاضر في الاستحقاق
بحيث يقوم مقام قول الشهود لو اتى له بمن يشهد على ذلك فان هذه الزيادة
من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر ليستانس به على نفي
الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب
شيء زايد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهد
به من المسايل اما مسالة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما ياخذ الحاكم من
المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوما ايضا فصحتا الكفالة
واما الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا اجب ان ياخذ منه
كفيلا قال في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح
القياس حينيذ وقال الثاني ان دفع العبد باقرار الى المدعي واللقطة باخبار
المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع
قوله وقوله اي قوله ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكر ضمير المذكر
بقوله وهذا الى اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد
يخطي ويصيب وتقرر ان مذهب اصحابنا المتقدمين براء عن مذهب اهل الاعتزال في ان
كل مجتهد يصيب وادعاهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه وقد قررنا دلك في
التعريف بعون الله مستولي قال واذا كانت الدار في يد رجل اي دار في يد رجل
اقام اخر بينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين فلان الغايب قضي له بالنصف

وفي رواية
اصح ان ياخذ منه
كفيلا مح

وترك

وترك النصف الاخر في يد ذي اليد ولا يوخذ من ذي اليد كفيل وهذا اي ترك النصف
الاخر في يد من في يده عند ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله يستثنى بالكفيل ههنا بالاجماع
وفي الامر بترك الدار ان كان واحدا اخذ منه النصف الاخر وجعل في يد امين والا
ترك في يد من في يده لان الواحد خاين والخاين لا يترك مال الغير في يده والمتزامين فيحتمل ان
يترك المال بينهم وبه ابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا يقضى منه ديونه وينفذ
وصاياه ومن وقع له القضاء يتبرع فيتمم المقضي بينه لكونه مختارا له وهو ثابت
فيما نحن فيه فلا ينتقض بيد من هو غير مختار له واما قال واحتمال كونه لا ذكر ان
المال بيده من هو بيده باختيار والميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب
فالمتعين به كما اذا كان من بيده مقرا انه انما يترك الباقي بيد كذلك قوله وجحوده
جواب عما ذكراه ووجهه ان الجحود انما ان تلوث باعتبار ما مضى او ما سياتي
والاول لو قدر تلوثه بقضاء القاضي فكذا الاذعان والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت
معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك ولبث في الحاطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل
لعلمه بعدم الفايدة لا يقال سوت القاضي والشهود لشيء انما للحادثة واحتراق
الحاطة امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا اصل له ولو كانت
الدعوى في منقول والمسالة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الاخر بالاتفاق والفرق
بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع الى من يده
اما انه يحتاج الى يده للحفظ فلانه ليس بمتحيز في نفسه لقبول الانتقال من محل الى محل
واما ان النزاع الى من فيه فلان النزع الى من في الحفظ لانه للجحود من بيده ربما يتصرف
لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عند لا ظاهرا فكان
المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغايب دون العقار ولذا وصي الام والعم والاخ على الصغير واما خصمه
بالذكر لانه ليس لهم ولاية النزع ولم ولاية الحفظ وهذا من باب ومن المشايخ من
قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة اظهر بنا على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ
فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي وضعه
القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما
جحد من بيده وربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم
من علم القاضي وطايفة من الناس وثبوته في الحاطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت
الخلاف في العقار فسقط الفرق وقوله وانما لا يوخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه
بكفيل ومعناه اذا كان الكفيل انشا خصومة لان من بين الباقي قولا لنسمع نفسه باعطايه
والقاضي يطالبه به فينشا الخصومة والقاضي لم يتصب لانشاء بل لقطعها فان قيل
يجب ان القاضي ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها

بحكمه باعطايه قلت بحمل ترتيب الدليل هذا طلب الفعل هنا انتهاخصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها لما ذكرناه وما فعل الشيء كان مشتبها له هذا جلف بالمل واذا حضر الغايب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة في القصاص انا اقام الحاضر البينة على انه قتل ابا ه عمدا ثم حضر الغايب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احدا الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الخارج به كما يجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيل بالخصومة اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت فاقام عليه البينة ثبت في حق الكل ولهذا قلنا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة ثبت في حق الكل فان قبل لو صلح احدهم للخلافة كان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يتم فع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء لفساده لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نايبا عن غيره وقايل ان يقول عليك ان عاملا لنفسه في نصيبه ونايبا عن غيره فيما زاد والمحظور فيه وجوابه ان النايب قائم مقام من ناب عنه لا يدفع اليه نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله فصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه كما ذكرناه بيان لقوله واحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتعريره ما مر وقوله الا انه استثنا من قوله لان احدا الورثة ينتصب خصما الى قوله وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيد ذلك في الجامع والا فان خصما عما في يد الا يكون خصما بدون اليد ويقتصر القضا على ما في يد ومن قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين والسوايم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى دينه لزمه التصدق بقدره عندهما لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق واثاث المتازل وثياب البذلة ويخرج ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على الخلاف الذي والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قاله بدليل ان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به للافتقار الى الشركة وايجاب الشرع في المال هي الصدقات مضافا الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات

حرس صرح

رجوع الى قوله يتصدق

اولانه

اولانه في معنى الصلاة لانه لانتظار اوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انها يثبتان للدن بعد الموت ولا يختص الميراث بالمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظاهر دليل اخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام التصدق من فاضل ماله وهو مال الزكاة لان الحاجة داعية الى ما تعتمر به حوايجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة اما الوصية فانها تقع في حالة الاستغنا عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف لانها سبب للصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد لانه اي الارض العشرية والنذ لبر لتكليف الخير الخير سبب الموت اذ جهة الموت راجحة عنده فصارت مثل عبد للخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانها تحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنيا ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكاة او عين وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مال لان المال مطلق على المال وعين يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الى عرا موال الزكاة ايضا ظهارا للزكاة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع باموال الزكاة فزيادة النعم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو ونحن نخصص المقيد المال فلا نخصص في لقطة الدن ينبغي على العموم وفيه نظر لانه حينيذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انما اي لفظ مالي وما املك سوا فيما نحن فيه يختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الايمة السرخسي لان الملتزم بالنذر الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله علي ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال ولعله اشار الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قدرناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوا ما دخل تحت الايجاب تمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسال الناس من يومه فيبيح ان يتصدق بماله ويسال الناس من يومه ثم اذا اصاب شيا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يومه لان يده تصل الى ما يبتغ يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت التي يوجرها الانسان لشهر لانه يتصل

الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان نفسل الى ما ينفق
سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك نقدا ويرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر
فيما نحن فيه من فضل القضاء في المواريث نظروا لعلة ذكرها باعتبار الفرق بينهما
وبين الوصية التي هي اخت الميراث قال ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه ايراد
مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم
بالوصاية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي وبيعه جايز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة
حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة
اي النيابة جامع فان الوصاية انابة لبعد الموت والوكالة انابة قبله فكلام يجز
تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر
الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة
لا يتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث
بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية الموكل
والانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يثبت النظر لقدرة الموكل وفي الاول
لو توقفت فات لعجز الوصي فان قيل اذا قال الرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم
بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين
ووجه الفرق على رواية الجواز انه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة ثبتت قصدا وهذا
كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احد يهما صح تصرفه
وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف
فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان عدلا او على ضد ذلك
بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لان اثبات حق الزام اساس الطلاق محض لا يشتمل
على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما الذي عن الوكالة فلا
يثبت حتى يشهد عند شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء
لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد
في التجارة ولابي حنيفة انه خبر يلزم ماله خبر ولانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام
واما انه ملزم فلا يبقى جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه
لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وبغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه
من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا
بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يلزم في معناها اصلا لم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف
رسول الموكل فانه لا يشترط فيه شيء ايضا من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة
الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل واحد في كل وقت بالغ عدل مسلم الى وكيله قوله
وقيل هذا الخلاف يعني الذي ذكره ابو حنيفة وصاحبه في اشتراط احد شطري

بالفاء الى هنا

فيما

يليه الزام المسايل المذكورة قال في النهاية انها ست مسايل ثلاث منها ذكرها
محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة ذكرها المشايخ عليها
والمصنف نزل منها مسالة ابا الاولى فهي التي ذكرنا ها من عزل الوكيل والثانية
على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل
او اثنان ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما
خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم
يذكرها المصنف ههنا والثالث العبد المعاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد
عدل تصرف فيه بعد بعتق او بيع كان اخبارا منه للفداء وان اخبره فاسق
وصدقه فكذلك والافعلى الاختلاف عند لا يكون اخبارا خلافا لهما واما في النوادر
المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرايض لزمه ويترك
بحكم القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وثمرة الاية السرخسي جعله
رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيهما الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل
بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ
البكر تزويج المولى فسكت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها
فاسق فعلى الاختلاف قال ـــ واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي اذا
باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن
واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قايم مقام
القاضي والقاضي قايم مقام الامام والامام لا يضمن ليلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة
فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يتباع بطلبهم ومن
وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وهاهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع
المشتري على الغرماء وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق وعاد قبل
القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت
فظاهر وان اقامه القاضي وذلك لان القاضي انما اقامه نايبا عن الميت لا عن نفسه
وعقد النايب لعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حياته وفي ذلك
كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يجمع الوصي على الغرماء لانه
عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغرم فيه بدينه اي يأخذ دينه من ذلك وهل
يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال فيه اختلاف قالوا ينبغي ان يرجع بذلك ايضا
لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان
العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غير والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغرم لانه
اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فصل جمع في هذا الفصل مسايل

متفرقة بجمع اصل واصر يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل قبل العزل وبعده مقبول الا في قال واذا قال القاضي قد قضيت اي اذا قال القاضي قد قضيت علي هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وبه نحمد انه يرجع عن هذا وقال لا ناخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضرته وهو رواية بن سماعة عنه لانه قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي الاسئلة ايضا الا انهم تركوا فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من انشاء القضاء اخر به لم يتهم في جنس وفيه بحث وهو انه يتمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول تحوا الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا انه اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا بيان الاقسام ٥ العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا غير فقيه يقبل قوله لعدم تهمة الخطا عليه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا استفسر عن قضايه لبقاء تهمة الخطا فان احسن تفسير القضايا بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استقسمت القرابالزنى كما هو الحروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة اني اخذتها باس حر لا شبهة فيه وانه قتلها عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير قادحة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يبين سبب الحكم لتهمة الخطا في الجهل والخيانة في الفسق قال واذا عزل القاضي فقال الرجل لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضايه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله قال له اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل عما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك على الصحيح على هذا اذا قال لرجل اخذت منك الف درهم ودفعتها الي فلان قضيت بها عليك وقال لا بل قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ منه المال والمقطوع يده ذلك في حال قضايك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضايه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان اليمين عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القالع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامر بالشيء صحيح كما اذا

كان

كان امر بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء في الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار الاسناد ههنا كاسناد من عمد منه الجنون اذا قال لملتقط واعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا تقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانا قال هذا لصحيح احترازا عما قاله شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصور بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحالة قوله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد تضاد فانه فعله وهو قابض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاء حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القالع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غير بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق لا بقبول الاخذ والقالع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان القول له في ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه سبب الضمان مجة قطعية وقضاء القاضي مجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الاخذ والقالع اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه المال في انه فعله في قضايه او ادعى انه فعله في غير قضاء لان الاخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة في حقه لكونه شهادة فرد كتاب ـــــــ الشهادات ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضايه يحتاج الى شهادة الشهود وعند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي بمعنى المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فاخبار كالجنس يشمل الاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم ولفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحمل له ومشاهدته بما يختص لمشاهدته من السماع في المسموعات

بلغ مقابلة بالاصل

والاضافة منه

والانجار في المجرات ونحو ذلك وسبب اداءها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي ليرفعه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجيح جانب الصدق وردت النصوص بالاستشهاد حفظا لحقوق موجبة [illegible] الشهادة فرض يلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه الى الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكد وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وهو اشهدا باعتبار ما يؤدان اليه وهو ابطال بدليل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو نظائر يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر ليلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاداء واجبا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لا يجب لا يثبت فكان الاظهار بالاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد ولما اذا كان نحو امر به كالنهي عن الكتمان عندي في الاركان فانه امر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه وانما شرط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونقض بما اذا علم الشاهد ولم يعلم به المدعي وبما اذا شهد انه ان لم يشهد بضيعة حقه فانه تجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الواجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو في هذا كذلك موجود وكان في معناه فالحق به لا يقال قدمنا ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكر المصنف بقوله واما شرط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه واما شرط وجوب سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت اما ان تجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سبب قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره لقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس قال والشهادة في الحدود تخبر فيها الشاهد بين الستر والاظهار ان الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن قتل المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فلقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال اسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية برداءك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم قال فيها

دلالة ظاهرة على افضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الاية محمولة على المدينة لنزولها فيها وردبان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال ان تعدد المشترك فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد فيما عز وحكايته مشهورة تجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة الخبر الراجح فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يجوز لخوف فوات حق المحتاج الى المال والله غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فيبقى صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك قوله الا انه يجب ان يشهد استثنا من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بدالة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء الحق المسروق منه فيقول اخذ ولا تقول سرق ومحافظة على الستر ولا بد بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله والاخر حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال الشهادة على مراتب اي الشهادة على مراتب رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا فقد تعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والدلوق اما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون قتل العمد وغيره فالظاهر منه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعدي ابا بكر وعمر رضي الله عنهما من بعدي ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصها بالذكر لما ورد في حقها من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا بالذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام واما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالابنة الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائز مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كانت فيها شبهة البدلية لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة بقية الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في باب

العدد والذكورة والبلوغ خلا ان باب الرنا خرج لما تلونا فبقي الباقي على
اصله وله قوله ولا تقبل فيها شهادة النساء جوازا ان يكون جوابا عما يقال
فالاية هنا عمت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وليست
شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم
وليس اوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشهادة البدليه
في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الاية فهما التخصيص ام النسخ
قلت مسلكه فيها مسلك اية شهادة الزنا من هن وهو اما التخصيص ان
ثبت المقارنة او النسخ وقوله الزهري مضت السنة من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان
مشهورا يجوز الزيادة به قال وحاشوي ذلك من الحقوق اي وما
سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او عين كالنكاح والطلاق والوكالة
والوصية اي الوصاية كما مر في نقد ما لا وكذلك يعني القتل قبل فيها
شهادة رجلين او رجل وامراتين بما ذكرنا وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء
مع الرجال لا في اموال ونوابها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط
الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال
الضبط وقصور الولاية فيما لا تصلح للامانة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول
لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وخدهن الا الثمن مستثناة من
ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد للندرة وقوعها ودنو
خطرها لما فيها مما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة
والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعتق والجرح والتعديل والعفو عن
القصاص وله ان الاصل فيها القبول لوجود ما بني عليه اهلية الشهادة
وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء
والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اختلافا قبل
اخبارها في الاخبار وقايل ان يقول ما ذكرتم مما يتقوى عليه اهلية الشهادة اما
ان تكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ
والمشاهدة والضبط والاداء ليس بعلة لذلك اجماعا وافرادي والثاني كذلك لعدم
توقفها عليها لذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان
اهلية الشهادة فينة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام
والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها ولا هي علة لاهلية
قبولها قانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة
ايضا فقد تتاخر الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء الذي يتعلق

الشهادة لم تقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول
وعلى هذا يتدرج في كلام المصنف مضاف اي اهلية قبول الشهادة قوله وتنقاف
الضبط جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك
بعد التسليم الجبر بضم الاخر الذي اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا تقبل
فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما ثبت بها وهن الحقوق المذكورة من النكاح
وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظاهر لشبوتهما مع الهزل واما الوكالة
والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة
وذلك اما مع ثبوتها مع الشبهة فكذلك يثبت بشهادة النساء مع الرجال
ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية
والجواب عن الاول انا لا نسلم ان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك
ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني
وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدا فطرتهم والثانية ان تحصل البدهيات
بهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيا لاكتساب النظريات بالفكرة ويسمى
العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المعرى عنها
متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها
ويلتفت اليها متى شاء وتسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها
وهو العقل بالملكة ينهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات
واستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه كان في ذلك نقصان
لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس لذلك وقوله صلى الله
عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة
والامانة ونعود الى تمام الجواب عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم الاربع جواب
عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا
لان ترك ذلك يكثر حرجهن فاستحسن وتقبل في الولادة والبكارة لختص
قبول شهادة امراة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة
لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقوله شهادة رجل واحد فيها لقوله
صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جايزة فيما لا يطلع عليه الرجال النظر اليه وجه
الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس
فيتناول الواحد فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي رحمه الله
في اشتراط الاربع على ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة ان قوله
ولانه دليل معقول لنا ووجهه الذكورة سقطت بالاتفاق يجب النظر الان النظر

الحبس احق وفي اسقاط العدد وتحقيق النظر فيما اليه الاان المثنى والثلاث
احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان هذا التعليل نوع مناقضة لانه
لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحد لحقه نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث احوط
من نظر الواحد والجواب ان يقال حقه النظر بوجب عدم وجوب اعتبار
العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعلمنا بما وقلنا بعدم الوجوب والجواز
اخبرنا طائم حكما اي حكم شهادة امراة واحدة في الولادة شرحناه في الطلاق يعني
في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لستة
اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة ثبتت الولادة لشهادة امراة واحدة وان
قال لاسراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي
حنيفة وقالا تطلق وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة
يعني تثبت الولادة بقول امراة وعندهما يشترط شهادة القابلة ولعلم ايكان
قالا فقاسوا كانت مميزة او مبيعة لابد من نظر النساء اليها لحاجة الى فصل الخصومة
بينهما فاذا نظرت اليها وشهدت فاما ان يتابد شهادتهن بوجود الولد او لا فان كان الاول
كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لابد ان ينضم اليها ما يوجد فانعلم هذا اشهد
بانها بكر فان كانت مميزة يوجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن
تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة يشترط البكارة فلا يمين على البايع
لذلك و بقتضي البيع وهو النكول ان قالت انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله
الى قولين ان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تايد بموجود فيحلف بعد
التبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ويسلم بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف
لزم المشتري وان نكل رد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه
الرجال فيجب الرد بقولين والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب
ثبت بقولين يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا
في المبيع لابد له من اثبات فيما مد به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان
القول للبايع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الوقت الذي كانت في
يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة غير
مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال
فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لانه من امور الدين
وشهادتهن فيها حجة لشهادتهن على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ايضا
مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على
نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا
معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال

لطلاق وعلى الحدث ثم حلف
البايع على انه لم تكن بها هذه
العيب في ح

فيه النساء قال ولا بد في ذلك كله من العدالة اي لا بد في المال
وغيره مما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي ان يكون حسنات الرجل
اكثر من سياته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر
ولغلبة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند القاضي شهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته
في تلك الحادثة في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون
من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا وبقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المبينة للصدق في علة الحجية
وما سواها مغلطات ولان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه
ايضا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس
ذا مروة اي انسانية والمروة تشديد الواو وفيها لغتان تقبل شهادته لانه
لا يستاجر لوجاهته ويمنع عن ذلك لمروته الاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق
مطلقا وجيها ذا مروة كان او لا واصحهما ان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف
ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق
لا مروة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظة
الشهادة فلان مجوس النصوص نطقت باشتراطها الا الامر بها بهذه اللفظة قال
الله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال
صلى الله عليه وسلم اذا علمت الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظة الشهادة
توكيدا لانها على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود وبخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه
للتعظيم فيجوز تبديله بما هو اصرح فيه وقوله في الكتاب يريد به ما وقع في المختصر
وقوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى شرط العدالة ولفظ الشهادة في
شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما تقدم ان فيه معنى الالزام
حتى اختص بمجالس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح
احترازا عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اقام
المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال ابو حنيفة
يقتصر القاضي على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله
صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف روي
مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم بينه
وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يليق للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعي
استحقاق المدعي به بقامة البينة فالجواب ما اشرنا اليه بقوله لانا وصولا الى القطع
وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقول قول المزني في التعديل

مثله

جبه

ايضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي يصدق والكلام فيه كالاول
وهم جرا ويد وارو بتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق
وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة
كذلك وظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان داخلا وقوله الا في الحدود
والقصاص استثنا من قوله ولا يسال حتى يطعن الا في الحدود والقصاص فانه
فانه يسال عن الشهود لانه محتال لاسقاطها فيشترط الاستقصا فيها ولان
الشبهة فيها دارية فيسال عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول
سال عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذ ربما يطعن
فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج
القاضي الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لابد ان يسال عنهم في السر والعلانية
في جميع الحقوق لان مبني القضا على الحجة وهي شهادة العدول فلابد من التعريف
عن العدالة في السوال صونا للقضا عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا
او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه
وكان الغالب منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو تاهد
ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قالوا والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال
ثم التزكية في السر اعلم ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية
فالاولى ان يبعث الحاكم المستور وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد
امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها اسمه
والحلي بكسر الحا وضمها جمع حلية الانسان صفته ومايزين منه من لون وعين ونحو
والمحل اي مسجد المحل حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا يمكن
الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا
يكون طماعا ولا متهما يتوهم خداعه بالمال فيتهم يعرف اسباب الجرح والتعديل من
جيرانه واهل سوقه ممن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جايز
الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيا احترازا عن الهتك او يقول اعلم الا اذا عدله
غيري وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينيذ يصرح بذلك ومن
لم يعرفه بعدالة ولا فسق يكتب تحت اسمه انه مستور العدالة ويردها المعدل
الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيجد عدو فرصة الخداع والثانية
ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى
الشاهد ليندفع شبهة تعديل غير فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة
وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان الغالب
صلاح والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد انه

قال

قال تزكية العلانية بلا وقته قيل لابد للمعدل ان يقول هو عدل جايز الشهادة
لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال
المصنف وهذا اصح لان في زماننا كل من نشا في دار الاسلام كان الظاهر من حاله
الحرية ولهذا لا يسال القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسال عن عدالته قال
ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول من
يقول بالسوا اذا سال لم يقبل قول المدعي عليه هو عدل الا الم احطا واوسع
وقيل اذا قال صدقوا وهو عدل صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف
ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد تضم تزكية اخر الى تزكيته لان العدد
شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا وسكت
عن جواب المدعي ولم يجرح فلما شهدوا عليه قال هو عدل لا يصح هذا التعديل
لانا العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي
وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره ومبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لانتفاء
العدالة فيه بالاتفاق وقايل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق
عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان
المصنف قال موضوع المسالة اذا قال هو عدل الا انهم اخطاوا او نسوا ومثله
ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق
في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب انه اقرار فيه بالنسبة
الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطا والنسيان فلا يكون اقرارا قال
واذا كان رسول القاضي اي اذا كان رسول القاضي الذي يسال عن
الشهود بلفظ المبني للمفعول واحد اجاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في شرح الجامع الصغير ان المراد
بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى
هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن
الشاهد لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس
القضا لان ولاية القضا تبنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية
القاضي تبنى على ظهور التزكية واذا كانت في معناها شرط فيها شرايطها من العدد
وغيره كما اشترط العدالة ولا تشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية
شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس
القضا فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر
حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقا احتمال الكذب
فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة والعدد

كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط العلم ولا العمل لكن ترك ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فيلحق بها الدلالة وموافقة القياس ليست لشرط فيها فالجواب انا الحق لو كان في معناها من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا قال — ولا تشترط اهلية الشهادة اي تزكية السر لا تشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا للمولاه وعكسه والوالد للولد وعكسه فاما في تزكية العلانية فهو شرط ولذلك انعقد الاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية بناء في عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الاخر وانيه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال — في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية فصل لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يحتمله الشاهد وهو على ضربين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم او اي ما كان من المصيرات كالعصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بموجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا سوصوغة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى انه يحتاج الاداء اليه قال — ويقول اشهد انه باع اي اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهد اني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب بحيث عن رؤية شخص مقر لا يجوز ان يشهد ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبل لان النغمة وهو اللام للغني يشبه النغمة والمشبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للباب مسلك عين فسمع اقرار الرجل ولا يراه وشهد عند انثاث بانها فلانة بنت فلان فانه جاز له ان يشهد حينئذ ولذا اذا راى شخص الرجال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكر في الدخيرة لانه حصل العلم في هذه الصور قال — ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا تثبت لها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهد ان يشهد لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان اشهد على شهادته

والجواب ان للخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية صح

الخصاف

والعصب والقتل ح

فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم ه

لان

لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالاناية والتحمل والاول اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل لا توكيل الامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فانهما يقولان بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال — الامام فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل ما هو حجة فيما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة اناسلنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحمل محتاج الى بيان ه ولو شكل فيه ان يقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك والتحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما تحمل عينين قال — ولا يجل للشاهد اذا راى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ه وهذا قلت رواية اشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهد راعندي فاشبه في قمطر اي خريطة وجا الشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او قيضته اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله لا يجزم ان يحفظ كل حادثة ولهذا كتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له الاعتماد عليه عند السبيان الذي ليس بملزم الخروج عنه فاذا كان في قمطر تحت ختمه فالظاهر انه لم يصل اليه يد مغير والقاضي مامور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه شهادة او اخبر قوم ممن يثق بهم انا شهدنا بكذا وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل يحل عند ابي حنيفة خلافا لهما قال — ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم ان العلم شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء الا اذا اخبر بها من يثق به هو استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي المشاهدة وكان من باب الغلبة لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة بكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بالاجماع

شبكة الألوكة www.alukah.net

من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة
بالتسامع ادي الي الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وتتعلق احكام ينبغي علي النفاذ القرون كالارث
في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكالمهر والعدة
وثبوت الاحصان والنسب والدخول فلو لم يقبل فيها بالتسامع ادي الي ذلك
وهو باطل بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد فان قيل هذا الاستحسان مخالف
للكتاب فان العلم مشترط في الكتاب واعلم فيما نحن فيه اجاب بقوله واما يجوز للشاهد
ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر واخبار من يثق به فقال في الكتاب فلان العلم
مشترط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب بقوله واما يجوز للشاهد وبين ان
العدد فيمن يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل به
نوع علم وهذا علي قول ابي يوسف ومحمد واما علي قول ابي حنيفة فلا يجوز الشهادة
ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث ينفي في قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة
عندهما بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة علي ما قالوا لانها
توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد
وواحدة قد قوا جميعا بين الموت والاحياء الثلاثة اي النكاح والولادة وتقليد
الامام لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة
اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة في الغالب ولذلك تقليد الامام والقضاء
واما الموت فانه قلما يشاهده غير الواحد اذ الانسان يعاجله ويدفنه بليلة
في اشتراط العدد بعض الجرح بخلاف السبب والنكاح وقوله وينبغي ان يطلق
اذا الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد
ان فلان ابن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن ابي قحافة والخطاب
ولم نشاهد شيأ من ذلك فاما اذا فسر القاضي انه شهد بالتسامع لم تقبل
كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد لانه راه
في يده لا تقبل كذلك هنا وقوله رأيا ساناجلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم
حتى لا ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاينه تقليد الامام اياه واذا راي رجلا امرأة
يسكنان بيتا ويبسط كل منهما الي الاخر انبساط الازواج جاز له ان يشهد بانه امرأته
فان سأله القاضي هل لست حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه تحمل له ان يشهد بالتسامع
كما تشهد بامهات المؤمنين ازواج النبي صلي الله عليه وسلم فعلي الرواية اولي وقيل
لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي انه يشهد بالتسامع ولو قال اشهد لاني
سمعت لا تقبل كذا هذا ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلي علي جنازته فهو
معاينة حتي لو فسر للقاضي قبله لانه لا بد من الدفن للميت ولا يصلي الا علي ولو قال

اشهد

اشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من يثق به جازت شهادتهما وهو الاصح ولما الشهادة
علي الدخول بالتسمع والتسامع فقد ذكره الخصاف انه لا يجوز لانه امر يتعلق به
احكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم صار الاستثناء في الكتاب
بيان الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب او لا في ظاهر الرواية محصورة
وعن ابي يوسف اخرا انه يجوز في الولاء بمنزلة النسب قال صلي الله عليه وسلم
الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة علي النسب بالتسامع جائزة كما سوف نذكره علي الولاء الاتري
انا نشهد ان قنبرا مولي علي وعكرمة مولي ابن عباس رضي الله عنهم وان لم تدر ذلك
وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقي علي ممر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف ان الولاء
ينبني علي ملك اليمين فلا بد فيه من المعاينة لانه تحمل بكلمة يسمعه الناس وليس
كالولادة فلا حاجة فيه الي اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي
الشهادة علي العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشائخ الي
انها لا تحمل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم فيقبل في
اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون شرائطه لان اصله هو الذي
يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان شهد وانه وقف علي هذا المسجد او المقبرة
واما الشبه حتي لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل لذا في الخبيز قال
ومن كان في يد شيء رجل راي عينا في يد آخر تراها في يد غيره والاول يدعي عليه
الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصي ما تستند اليه علي الملك اذ هي
مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او عين من الاسباب
لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وانصي ما تستند اليه
كاف في الدلالة ليلا يلزم ما سيجيء في باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز بحكم
اليد استند بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع علي قلبه انه له
لان الاصل في الشهادة العلم بالبصر وعند الجواز ذلك يصير الي ما يشهد به القلب
قالوا ويحتمل ان يكون اي ما ذكر من الشهادة القلب تسبيبا لا طلاق محمد في الرواية
وهو قوله وسعه ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك
كافيا لعملها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد
وليس كذلك ولجيب بانا حملنا العيان مجوزا للشاهد ان يشهد علي الشهادة
وذلك ثابت لما قلنا واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا ان الرجل
اذا كانت في يد داره يتصرف فيها تصرف الملاك ببيعت داره يجنبها واراد ذو اليد ان
ياخذها بالشفعة فالقاضي الشافعي لا يقضي له عنده انكار المشتري ان تكون الدار
ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي دليل الملك
اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف لان اليد منقوعة الي اثابة

شبكة الألوكة www.alukah.net

وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التعرف اليها والجواب ان التعرف لذلك وصم
محتمل الى مختمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالسمعة
العقلية لانه اما ان عاين الملك والملك اولم يعاينهما وعاين الملك دون الملك
او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك
بحدوده وحقوقه وراه في يد ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شاهد عن
علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان من فلاصيغة في بلد كذا احدوها لذا
وكذا لا يشهد لانه متجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده
بسبب الى فلان من فلان ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل الشهادة
لانها شهادة بالملك للحال مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز
الشهادة فلان جهالة المشهود له وفي الاستحقاق يحال ان الملك معلوم والنسب يثبت
بالشهرة والتسامع فكانت شهادة معلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت
امراة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها ونقدها بنفسها لجواز الشهادة
بالملك مطلقا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في
الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل
بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو منقول فيه كما تقدم وفي
ضمن ذلك يثبت المال والاعيان للتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني في حالة المشهود
به قوله واما العبد والامة مرد ود الى قوله سوى العبد والامة وتقريره
ان الرجل اذا راى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان
كان الاول وحل له ان يشهد انهما ملك من هما في يديه لان الرقيق لا يكون في يد
نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او يعبران
فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما عن انفسهما وان كان الثاني وهو من يعبر عن
نفسه عاقلا بالغا كان او بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد
والامة فان اليد في ذلك لا يدل على الملك لانها في ايدى انفسهما وذلك يدفع
يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل اذا قر بالرق على نفسه لغيره
جاز ويصح به المقر له مايضع تملكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق
لو كان لتعبيرهما عن انفسهما لا عتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من
يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر
واما المعتبر ذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة انه قال
يحل له ان يشهد بهما ايضا اعتبارا بالثياب ولذا روي عن ابي يوسف ومحمد فجعلوا
اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وقوا
اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له فيما قررين كما في الثياب

والدواب

والدواب والفرق بيننا وهو قوله لان لها يدا على نفسها بيد فعان بها الغير
عنها بخلاف الثياب باب ——— من تقبل شهادته ومن لا تقبل
لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع فيه شرع في بيان من تسمع
منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط
والشروط تقدمة على المشروط واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله
عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته ترجح جانب
الصدق منه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالعبد لان من لا
يتزجر من محظورات دينه فقد لا يتزجر عنه ايضا فكان منها بالكذب وقد يكون
لمعنى في المشهود له من قرابة مولد او عتاقة او صداقة او عداوة او ولاء
وقد تكون لخلل في اداء التحمل كالصبي المفضي الى تهمة الغلط فيه وقد يكون بالعجز
عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فاولئك
هم الكاذبون قال ولا تقبل شهادة الاعمى اما ان تكون
في الحدود والقصاص او لا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان
الثاني فان كان مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا فان كان الاول
فتقبل عند زفر وهو رواية ابن سماعة عن ابي حنيفة وان كان الثاني
فيصير وقت التحمل والمشهود به غير منقول قلت عند ابي يوسف والشافعي
وان اشتغى احدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند ابي يوسف الاصل وعندهما
وعندهما استمرار حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول
في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى
تقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقامها لغير واما وجه قول زفر
فهو ان الحاجة الى السماع لا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه
التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جواب ذلك
آخرا واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل
ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لاستحالة ان يعلم الاعمى بالقول
ولا خلل في القول لان لسانه غير مأون فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء
ماجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار
كالشهادة على الميت اذا شهد على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها
تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبه والجواب لابي حنيفة ومحمد انا لا نسلم ان القول
يستند بتحصيل لانا نحتاج الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود
عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة بتاويل الصوت يشبهه بل المحرز عنها بحس المشهود
فان بالمشهود البصري يميز غيره عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمييز منه

او فيرايم

شبكة الألوكة www.alukah.net

ليلا ينتقض بالشهادة على الغايب لاجل ذهاب القاضي الى القاضي فانها تقبل وان اشار
ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى في قوله لكن التحرز اشار الى الجواب
عن الميت فان الاحتراز عنه محسوس الشهود غير ممكن لان المدعي ان استكثر من
الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه
او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبر تم العمة تمنع للاعمى فلا هو اعظم خطرا من
الاموال وهو قطعي وجهته وجاريته فانه لا يميزها عن غيرها الا بالنغمة وذلك لا
يقتضي وتقرير ذلك ان الاحتراز عنها بغير ها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف
ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان اشتباه وصول التعريف بالنسبة والنسبة
لتعريف الغايب دون الحاضر وبه اشار ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود
والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه ابي حنيفة ومحمد لمنع القضا
بالاعمى الطلاقي بعد الاداء فهو ان شرط القضا قيام اهلية الشهادة وقت القضا ليصيروا
الشهادة حجة عند ولا قيام لها بالاعمى فصار كما اذا اخرس او جن او فسق فانهم اجمعوا
على انه لا شهادة اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضا لا يقضي القاضي بشهادته
والاصل الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضا ان المقصود من اداءها القضا
وهذه اشياء تمنع الاداء بالاجماع يمنع القضا والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما
يمنع القضا وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضا فوله بخلاف ما اذا ماتوا ①
او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضا شرط فان الشاهد اذا مات
او غاب قبل القضا لا يمنع القضا والاهلية عندهم ووجه ذلك ان الاهلية بالموت
انتفت والشيء يتقرر بانتهايه وبالعمى ما بطلت قال ولا المملوك اي لا تقبل شهادة
المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون له
ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا
والدليل ووجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتخصيص
عليه بنا في القبول في وقت ما ان معنى قوله لهم المحدودين في القذف وبالتوبة
لم يخرج عن كونه محدودا في قذف وكانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا
عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذلك
تمتد اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة
ان كان للفسق زال برواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن
كذلك كالمحدود في القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت
له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا الا النهي عن القبول وقال الشافعي
تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التايب والاستثنا ينصرف
الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب ان ينصرف

جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ح

الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله
طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين
احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الاخر وهو يوكد
الاخبارية سلمناه لكن يلزم حمل الكلمة المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف
الاصل سلمناه لكنه كان اذا ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو يناقض
ظاهر سلمناه لكنه كان اذا ذاك مجازا عن من غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه
لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثنا منقطعا بل جعله منقطعا اولى للضرورات
وتمام التصوير على هذا البحث تقتضي مطالعة تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة
قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على
الكافر فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك
وصف في القذف كان رد شهادته من تمة حد وبالاسلام حدث شهادته مطلقة
غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته
لانه لم يكن له شهادة الا كان بعد العتق فجعل رد ما من تمام حد وطوالب بالفرق
بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الينا وبين العبد اذا حد في القذف حيث
جعل القذف قائما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى العود
الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحرابة انقطاع الولاية فلا
ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه فاعترض على كلام
المصنف فانه لا فايدة له في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق
ترد الشهادة ايضا للاقامة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا اقذف الكافر
مسلما ثم اسلم الحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر
الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب ان فايدته تطييب المسلمين في عروض ما يعرض
بعد الحد مع وقوع الاختلاف المخرج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق
كما انها لا تقبل قبله فلا يأباه قال ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد
لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه او اجداده لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره فقيل ما فايدة قوله
لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكر على سبيل الاستطراد
فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد وكانه قال فقلت
شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان
المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم وانضما لها يوجب
ان تكون الشهادة لنفسه من وجه وان يتمكن فيه شبهة قال المصنف المراد بالاجير

دفع للمحذور ح
تقرير ثان ح

على ما قال المشايخ: هو التلميذ الخاص الذي يعد ضررا استاده ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقبل التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له لجن معلومة وهو معنى قوله على الاشهادة للقانع باهل البيت من القنوع لانه بمنزلة السايل يطلب معاشه منهم وقيل المراد منهم الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الواحد فيستوجب اي فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر منافعه واداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغير من كل وجه اذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا خرز ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جاز شهادة الاستاذ له ووضع الزكاة فيه للزوال الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاده ولهذا لا يدان يزيد نفسه من عين في مدة الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر تقبل شهادة احد الزوجين للاخر فقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الاخر غير متعدية اليه ولهذا يقبض من احدهما للاخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين والاب والابن ولنا قوله في قبول شهادة احدهما للاخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يسعى لنفع صاحبه لنفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عايشة ان صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولان الانتفاع متصل ولهذا الوطء جارية امرأته وقال ظننته انها تحل لي لانحدوهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته تجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي وجه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه للكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة لا يقاله الغريم اذ الظفر بجنس حقه باخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ ثابت عليه ولا كذلك الزوجان قال ولا شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى لعبد لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا فان كان الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه فان كان

الثاني

الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يود عاد رقيقا فكانت شهادته لنفسه وشهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض ولذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير منجزة اذ هي شهادة واصت ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كان شريكا في عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه لانه في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قال ولا تقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسايرالاقارب غير الاولاد لانتفاء التهمة لتباين الاملاك ومنافعها فلا تقبل شهادة المختث وهو في العرف من عرف بالردي من الافعال اي التمكين من اللواطة فاما الذي في كلامه لين وفي اعضايه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم طعنا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنايحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا وصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكرها الوصية للمغنيين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المراة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن الغناء به ولهذا قيد ههنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولهذا نهي عن الشرب على اللهو لانه ارتكاب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على الشرب شيء من الاشربة المحرمة حرام كان او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الامام ليظهر ذلك عند الناس فان التهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان ليس ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا يومن بها على الاقدام على الشهادة مع لسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات النساء صعود سطحه لبيطر طير وذلك فسق فاما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تاتي بحمامات غيرها فيخرج في بيته وهو يبيعه ولا يفرقه من حمامه نفسه فيكون كالمقامر وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطيور وهو المعنى فيستغني عنه بقوله ولا من يتغنى للناس فانه اعم من ان يكون مع اله لهو او لا واما الكشف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يقيد لونه للناس حتى لو كان غناه في نفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الايمة السرخسي واختار المصنف وعلل بانه يحمل الناس على ارتكاب كبيرة واصل ذلك

ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يغني وكان من
زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ
الاسلام خواهرزاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي
فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك قال ولا امن بانه من
الكبائر اي من اتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته
وهذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حد وقيل قال اهل الحجاز واهل الحديث
هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو
الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق ورمي
المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه كالبول والدم
الحرام بغير اذا لان كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لانه كبيرة ومن لعب
بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلاثة القمار وتفويت الصلاة بالاشتغال
به او اقتران الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة
لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في اشتراط احد الامرين
وفرق في الوجيز وحمل اللعب بالنرد بقطع العدالة مجردا لقوله عليه السلام
ملعون من لعب بالنرد واللعون لا يكون عدلا ويجوز ان يكون اقراره قوله فاما مجرد
اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك قوله
لان الاجتهاد فيه مساغا فيقال ان مالكا والشافعي يقولان بحل اللعب بالشطرنج
وشرط ان يكون الكل اربعا مشهورا به لان الانسان قل ما ينجو عن سماع شيء من
الفواسق وكل ذلك لو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد مقبول الشهادة غالبا
وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا
من يفعل الافعال المستحقرة بلفظ اسم الفاعل وفي نسخة المحقرة وفي اخرى المستخفة
وفي اخرى المستخفة والمتخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل
من المتخفف وهو التشبه الى التسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان
قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لان فيه
ترك المروة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب
فكان منها لا تقبل شهادة من نظير سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم
ابو حنيفة لظهور فسقه وقبل بالاولى ولو اعتقد ذلك ولم يظهره فوعدل رواه
ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا اقبل شهادة من سب الصحابة واقبل
شهادة من تبرا منهم وفرقوا بان اظهار السيئة لا يأتي به الا الاستاط السخيف
وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد دينا وان كان على اصل فلم
يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الخطابية منهم والهوي يميلان النفس

التخفف

الى

الى ما تستلذ به من الشهوات وانما سموا به لتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة
كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه
والتعطيل ثم كل واحد منهم مفترق اثني عشر فرقة وقال المشايخ في تقبل شهادتهم
لانه اغلظ وجوه الفسق اذا الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التغالي
ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك تهون تدين والجامع
من القبول ترك ما يكون دينا فصار كالحنفي شرب المثلث وشافعي اكل متروك التسمية
عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قوم غلاة من
الروافض ينسبون الى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه
بالكناسة بين لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل
هم قوم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان تشهد له بقية شيعته
بذلك وقيل لكل من حلف عندهم فرد شهادتهم لانهم كانوا كانوا قيل اولا ولتقل
التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا قال ـــــ وتقبل شهادة اهل
الذمة بعضهم على بعض ان شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان
اختلفت ملتهم كاليهود مع النصارى وقال ابن ابي ليلى اذا اتفقت ملتهم قبلت
قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة الا اهل ملة اخرى الا المسلمون شهادتهم
مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء
بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء
فالعطف قرينة تراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله
تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في حجة لقوله تعالى الا لعنة
فاسقين بنا فيتناولهم فصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجسنه بخلاف جنسه ولما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد
الله والى يوسي ولان الذي من اهل الولاية على نفسه وولاده الصغار وكل من هو
كذلك فله اهلية الشهادة على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه
وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس فالجواب ان القياس في الذمي لذلك لكن
ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بان
الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة
الى الشهادة علينا ومطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس وصفا عن
شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه
فاسق وتقرير الفسق مانع من حيث تغالي يحرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني
ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من باب ما ان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض
بان الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب

مانع ه

الشهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الايات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى
وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد به الاخبار على عهد
رسول الله المنوه اطيون على كتمان نعته وتبوته كالشهادة لم عمدنا ومن بعدهم على ان
الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على اصر محظورة
الاديان كلها وقوله بخلاف شهادة الذمي المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد — اذ هو محظور ح
فانه لا ولاية له على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي
على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعاينا له لو استلزمت
الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجدان
لا يته بالاضافة معدومة وهو كاف لمنع لوجود المذكور وقد سلمنا جواب اخر — الى السياق
عن هذا السوال فانه منقول عليه جواب اخر وتقرير سلمنا ان علة قبول شهادته
وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه تحمله على
التقول عليه بخلاف بلل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار
الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول قال — ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي
اي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف اراد بالحربي الذمي وانما قال
ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستامن على الذمي غير متصورة لانها تكون في
مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام ولا يقال يجوز ان يدخل حربي دار
الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه محاصر ذهر فيصير عبدا ولا شهادة للعبد
على احر ولانه لو قبل شهادة المستامن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه
من اهل دارنا والمستامن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية
وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرايض وعلى هذا قوله — وهو اعلى حالا منه اي اقرب الى
الاسلام من المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستامن استظهارا على الاخلاف
لقيام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزاء لقوله الى الاسلام انقطاع
الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه اعلا حالا
اقرب الى الاسلام وصار من شهادته — شهادة المسلم تقبل على الذمي والمستامن
وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين
اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستامنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض
الصور دون بعض تحكم والاول هو الظاهر فان قلت انما يجوز ان تكون علة
لقبول شهادة الذمي على المستامن لا جزاء لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن ترتيب
كلامه لا يساعد فتامل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستامن
مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال — وتقبل شهادة المستامنين
بعضهم على بعض اي المستامنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا

فان

فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم
لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله
بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي
على المستامن لوجودها لكنها قبلت وجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك
فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن ترك ذا ه
بالنص كما مر ولا نص في المستامن فتقبل شهادة الذمي عليه ولان ذلك المستامن لانه ليس
من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانا من دارين مختلفين قبلت شهادة
بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي بحكم بخلاف المستامنين قال — وان كانت الحسنات
اكثر من السيات اي واذا كانت الحسنات اكثر من السيات وذلك بعد ان يكون — يعني بل لا يبقى حسنا
ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر ولا اصرار على الصغائر بين معتبر غالب احواله
في تعاطي الصغائر فان كان اتيانه بها مواظبة دون تحري الشرع اغلب على اجتنابه بالصغائر جازت
شهادته ولا يقدح عدالته بالمام الصغائر ليلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد
باب الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختن لان الختانة
سنة عندنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه
لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما وابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم
يرد في ذلك نص ولا اجماع والشاهدون لبعضهم قدروا من سبع سنين الى عشر وبعضهم
اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما
اختتنا اليوم السابع او بعده واليوم السابع لانه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو
منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصارت
كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يرجع الى فرعهما وكفرهما
غير مانع لشهادة الا ترى ان فسقهما اولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه
يحب ان يكون عين — فيتهم — مثله والكاف زايدة في قوله تعالى ليس كمثله شيء قلنا الكلام
في العدل وجه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مواخذ به مالم يتحدث به سلمنا لكن
لا نسلم ان العدل يختار ذلك او يحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل وامراة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا
رجلين فرجل وامراتان ويشهد مع رجل وامراة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته
في الحدود والقصاص للشبهة احتمال ان تكون امراة قال — وشهادة العمال جايزة
قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان
يعني ابو حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة
كالخراج وزكاة السوايم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا
عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم

فانه لا يقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف
في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك
لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بامر عمر ابي يوسف في الفاسق لانه
لو جاهر به ابعد مرعى الكذب حفظا للمروة ولهابة الاستئجار على الشهادة الكاذبة
وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجهون انفسهم لان من الناس من
قال لا تقبل شهادتهم فيلزمه ان يراد هذه المسئلة رد القول لان كسبهم اطيب الاكساب
قال صلى الله عليه وسلم افضل الناس عند الله من ياكل كسب يده وانى يوجب جرحا
قال — واذا شهد الرجلان ان اي اذا شهد الرجلان ايانا اوصى الى فلان او شهد
الموصي لهما بذلك او شهد غيرهما ان الميت عليهما دين او شهد ان انه اوصى الى ثالث
معهما فذلك حسن مسايل ولا يخلو اما ان يقول الميت مات وفاوصى الينا او لم يزيدا
فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس
بشرط كما سنذكر وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة
منهم بعود المنفعة اليه بنصب من يبيع مرياحيا حقوقه او فراغ ذمته والشهادة
لهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب على القاضي ما لا يتمكن
منه بدونها وهي ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت
معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من
ينصب واهليته وهو لا شهادتهم اكثر مؤنة التعيين لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة
في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب
وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم تكن له اجاب بان الوصيين اذا
اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن
التصرف بعد استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا اقرا لم يعرف الموت لانه
ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين
فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما
باعترافهما وان شهدا ان ابا هما الغايب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل
شهادتهما انكارا لقبول ذلك او ادعاء لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو
ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال — ولا يسع القاضي الشهادة على جرح
الجرح اما ان يكون مجردا او غير لانه لا يخلو اما ان يكون بما يدخل تحت حكم الحاكم
او لا والثاني هو المراد بتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ولكم ان تسمية
سببا فاذا اشهد شهود المدعي على الفتح سمعه على الجرح المجرد مثل ان قالوا هم فسقة
او زناة او اكلوا الربا فالقاضي لا يسمعها واستدل برجحين احدهما قوله لانه الفسق
مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من دفعه بالتوبة ووقع الالزام وسماعها انما هو

للحكم

للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المجرد هتك الستر وهو
اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتما
اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قبل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع
منهم الجرح المجرد واجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من
حاله اويعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تعاديا عن التعادي واحترازا
عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال — ولا يحكم بذلك وان كان
عدم السماع يفيد لجواز ان يحكم بذلك بعلمه ايضا قول — الا انه استثنا من قوله
لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعي عليه انه اقر ان شهودي فسقة
فانها تقبل لان الاقرار ما يدخل تحت الحكم ولم يظهر الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم
وهو المدعي والحالي لا اظهارها ليس كظهورها ولذا اذا شهدوا بان المدعي استاجر الشهود
ليشهدوا انه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه يخرج له عن ذلك لانه من حقوق
العباد يحتاج الى حضرة الحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام المدعي عليه
البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليودوا الشهادة واعطاهم العشرة من ماله
الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت
الجرح بناء عليه ولذا اذا اقاما على اني صالحت الشهود على كذا من المال ورد فعفته
اليهم على ان لا يشهدوا علي بعد الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال لما قلنا بخلاف
ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل
اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق
الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الهلايين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو
بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا سهل والمعنى اذا اقام المدعي عليه
البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف
او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق تدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله
انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثر في سلب الولاية وهو حق الله ومبنى
اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد
شهادته وهو حق الله ولذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في
هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم وكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة
اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت
لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة لشهود غير مرضية
على المدعي عليه لانا ندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يطعن في مجلس الحكم وعلى هذا
في اقامة البينة على ذلك اعتبار ان احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول
والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم واما اثبات الشروط

طبي

قال ويحكم بعلمه ح

على الاصح ح

لهما على الميت دين او

فشهدوا قام المدعي

فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه قال
ومن شهد وليس بحر ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام
اذا اخطأ بنسيان ما يخفى على اكثر او بزيادة كانت باطلة بيني ترك ما يجب على اثبت
بالاجر زلي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه
وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غير عدل ردت شهادته
شبهة التلبيس والتغرير من احد الخصمين اولا فان كان غير عدل ردت شهادته
مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت
شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه مثل
ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القاضي
او في غيره ويدارك ترك لفظة الشهادة اما بتصور قبل القضاء من شرط القضاء
ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في
موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل خمسمائة او بالعكس
فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد به لا عند بعض المشايخ لان المشهود
له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت
او بابقي وزاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقترن
باصلها واليه مال الشمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء
بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله
لهيبة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تدارك في اوانه وهو قبل البراح
من المجلس وهو عدل واما اذا قال بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة
من المدعي باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه مثل ذلك يوجب
الاحتياط قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وقيد اثنان الى ما مال
اليه شمس الائمة فانه الحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل
بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس
في دعوى التوهم اذا وقع التوهم الغلط في بعض الحدود فذكر الشر في مكان الغرني
او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر
مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته تنفي توهم التلبيس
والتغرير والظاهر ما ذكرناه او لان تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة تاخيرا اختلاف الشهادة

عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض
للجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب قال الشهادة اذا وافقت الدعوى

بلغ مقابلة بحب الطاقه

قبلت

الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت ع

قبلت لان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة
حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة لها ان يتحدا نوعا وكما
وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا وشبهه فانه اذا ادعى على آخر عشرة
دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى
سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد
بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه او اتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه
عندهم او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من بلد فلان وشهد بالغربي منه او ادعى
انه ملكه وشهدا انه ملك ولده او ادعى انه عبد ولد له الجارية الفلانية
وشهد بولادته غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين
لفظيهما فليست بشرط لان المدعي يقول ادعي علي غريمي هذا والشاهد
يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما
يخالفها اما ان تقدمه فيما شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد
منها والا يعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يبددها
من التكاذب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق
المدعي فاذا خالفها فقد كذبته فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من
وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما
يوافقها وهو مسلم ولكن وجود المشروط لا يستلزم وجود الشرط والثاني انه
عند المخالفة يعارض كلام المدعي والشاهد فالمرجح لصدق الشاهد حتى
اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول بالمنع قبول الشهادة الزم
الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع
فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط يستلزم وجوده
وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على اي يوسف ومحمد ولا تشترط
عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل قال
ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة قال الموافقة
بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة
ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة
واما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بالاتفاق واختلاف اللفظ من حيث الزائد
لا يمنع بالاتفاق ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية تقبل مقبولة
واما اختلافه بحيث يدل بعضه على عدول البعض الاخر بالتغيير فقد نفاه
ابو حنيفة وجوزاه فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين قبل عند وقالا تقبل على الالف

بالفين ع

اذا كان المدعي يدعي اليمين وهو دين وعلى هذا الماية والمائتين والطلقة والطلقتا
والطلقة والثلاث لما انها اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة
وكل ما هو كذلك يثبت بيد المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا
وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما سيجيء ولابي حنيفة
انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افراد وتثنية
يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان ثبت بالتثنية فان الالف
لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك
فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الاخر وحصل على كل واحد منهم شاهد واحد
فلا يثبت شيء منهما فصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد احدهما بكر شعير
والاخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى اليمين وشهد بالف قبلت بالاتفاق
ووجوب المرافقة بين الدعوى والشهادة لو جرينا بين الشاهدين مما جواب
ابي حنيفة عن ذلك ولجب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس لحسب اشتراطه
بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهد بالاقرار به قبلت ولو شهد احد
الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لم تقبل ولقايل ان يقول قد تقدم في تلقين
الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة
وشهد الشاهد ان بالف والقاضي يقول انه تحمل ابراءه عن خمسمائة واستعاد الشاهد
عليها بذلك ووقف في شهادته كما وقف القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة
وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة ان محل ما نقل
عن المبسوط على ما اذا وقف الشهادة بدعوى الابراء كما بينا ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا
قال لها ان وجها طلقتي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك موجبا ما وقعت واحدة
ولما اذا قال لها انت طالق فانه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل
وليس فيما نحن فيه لذلك لان الاكثر لم يشهد به واحد ولا يثبت به شيء قال
واذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة ولا قدر ان اتفاق الشاهدين في اللفظ
والمعنى شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر
قبلت الشهادة على اتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان
عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظير ما اذا شهد احدهما
بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بماية وبماية وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة
والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا
اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن له الا الف فشهادة من شهد
بالاكثر باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يسلم له الا شاهد واحد وبه لا يثبت
شيء ما لم يقبل لم يلزمه الا في بعض قال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما قضى بالباقي

في الاقرار الكذب المزيل المغير في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد
تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط
فتفسيقه لا يبطل الاقرار قوله ولنا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت
عن قوله لم يكن الا الف والمسئلة بحالها لا يقتضي له شيء لان التكذيب ثابت ظاهرا
فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق بما يحتمله لا بد منه
في الاصح وعلى هذا الوفاق كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة
او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل
المالين اذا اختلفت الشهادة لا يخلو اما عن ثلاثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة
او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاولين بطلان
الشهادة والقضاء دون الاخر قال واذا شهد بالف وقال احدهما قضاه
منه خمسمائة اذا ادعى الفا وشهد بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت
شهادتهما بالف لانهما اتفقا عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان
يشهد معه اخر فان قبل شهادة من شهد بالقضاء لم قضت لانه اذا قضاه
خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى عليه الا خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء
الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذي
هو عين فكان قوله قضاه خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به
او لا وهو الدين فلم يعد سقاطا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء يضمن شهادته ان لا دين الا خمسمائة بطريق التملك فلما وجب
الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة
فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا
في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه هناك لان ذلك فيما يكون الشهادة
بالاقل وكفت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب
الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان
المدعي لو كذب من شهد بقضاء بخمسمائة وتكذيب له يكيف يقتضي
بشهادته وجوابه ما قلنا انهما اتفقا سياقي قوله ويبغي للشاهد يعني ان الشاهد
بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض
خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعمله بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان
شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قضاها والشهادة جائزة على القرض
لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع وبين ما ذكرت
قبلها ان في مسئلة الجامع شهد احدهما بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه
وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء

لان القضاء

الالف

شبكة الألوكة www.alukah.net

وهو تفسيق لما قلنا هذا الكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه الكذب فيما عليه وهو القضا وهو غير الاول لاحمالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه بشخص اخر قبل ان يشهدا له فالكذب وحاصله ان الكذاب المدعي لشهوده تفسيق لله لكونه اختيار يا واما الكذاب المدعي عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه ما ـــ واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخر بقتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلا لان احديهما كاذبة بيقين اذ الغرض الواحد عيني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضي بها ثم حضرت الاخرى لم يقبل لان الاولى تزحزحت بانصال القضا بها فلا ينتقض بما ليست مثلها قال واذا شهدا على رجل بسرقة بقر واختلفا في لونها قطع سواء كان اللون متشابها كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة وهو الاصح وقيل ان كان متشابها جاز قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السود غير سرقة البيض فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة محالها فاعلم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اثبات نصف الادمي وصار كالذكورة والانوثة في الحيوان ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان النقل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا والالوان بتشابهان كالحمرة والصفرة او تجتمعان بان تكون ثلثا احد جانبيه اسود بصفرة احدهما والاخر ابيض يتشامخ الاخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب العمل كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيالي لاثبات الحد وهو القطع والحد محال لدرئه لا لاثباته والثاني بيان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يمكن بتعذر امكانه فيما يدرأ بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتياليا لاثباته ان لو كان في اختلاف ما نقلناه نقله وهو من صلب الشهادة لبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف مالم يكلفا نقله فلو توقف ثبات السارق والمال له فاعتبار التوفيق فيه ليس احتياليا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا تري انهما لو سكتا عن بيان لون البقر فما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق او يقال التعريج بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن

قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة

وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهد احدهما بسرقة بقرة

فيه

فيه هذا والله اعلم بالصواب قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه غالبا يشتبه ويحتاج الى التوفيق قال ومن شهد لرجل انه اشتري عبد فلان بالف رجل ادعى على الشهود انه باعه هذا العبد بالف اوبالف وخمسمائة وانكر البايع ذلك فشهد شاهد بالف واخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف عين بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق جائزة فكان مقصود السبب فان قيل التوفيق ممكن بجواز ان يكون الثمن اولا القا فزاد في الثمن وعرف به احدهما دون الاخر اجيب بان السيد الشهيد اما القاسر ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهد الجنسيين كالف درهم ومائة دينار ووجهه ما في الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة ملصقين بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشتري بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل اخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البايع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب ولهذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلاضاعة لون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلانه لا عتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لنظاوسني اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقدير بدل العتق لا يثبت قبل الاداء الا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بانه قول فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ وتخاصم لاداء البدلين ولان الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعى اذا كان

قال

كان

بية

هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العفو مقصودا والحاجة ماسة الى
اثبات العفو ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من
جانب الزوج بان قال طلقتك على الف وحسمابة والمرأة تدعي الالف او قال مولى
العبد اعتقتك على الف وحسمابة والعبد يدعي الالف او قال مولى القصاص صالحك
بالف وحسمابة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه
المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى المائة وحسمابة بالاتفاق واذا ادعى
الاثنين لا تقبل عندهما خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق
والتكذيب والسكوت عنها لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعترافه صاحب
الحق فبقي الدعوي في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم
الدعوى لانه طالما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة
فكانت كالمسكوت عنها وان كان المدعي هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضي باقل المالين
احتياطا قبل عقد الرهن بالف غير حسمابة فيجب ان لا تقبل البينة وان
كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير
لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان
الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فيقبل البينة كما في سائر
الديون وثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجانب لا يجعلوا اما ان
يكون المدعي في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع
لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما
ان يكون المدعي هو الاجر او المستاجر فان كان الاجر فهو بمنزلة دعوى الدين
يقضي باقل المالين اذا ادعى الاثنان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في
وجوب الاجر فصار كمن ادعى على احر الفا وحسمابة وشهد احدهما بالف والآخر
بالف وحسمابة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عند
ابي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر قد قبض في النهاية كان ذلك اعترافا
منه بان الاجر قد وجب عليه ما اعترف به والحاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما
وهذا لانه وان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالاجر لا يأخذ منه بينة
سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستاجر فهذا دعوى
العقد بالاجماع وفي معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة
فيلحق المستاجر باعترافه فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا
اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والاخر بالف وحسمابة قبلت
بالف عند ابي حنيفة وهو استحسان وقالا ابو يوسف ومحمد هذا باطل في
النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا

اختلاف

اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب
يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح
بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعبد والاخ
والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا قوله والاصل
فيه الحل والازدواج دليل اخر وتقرير الاصل في النكاح الحل والازدواج
والملك ان شرعيته كذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط
عليه مجانا كما عرف في موضعه والاختلاف للشاهدين فيما فيثبت الاصل لكن وقع
الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان
فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال ٥ فيه لا يوجب التكذيب
والتكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المقرض ليس بطلان الاصل بل بطلان
التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب
المذكور ليس بدافع كذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان
كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك
فيه غير مسموع قال المصنف ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او وكلمة
كلمة الواو بدلا لا يستوي وقوله في الصحيح احترازا عما قال بعضهم انه لما كان كالدين
وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين وابيه ذهبي شمس الائمة
ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل
للزوم غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود انتهى
اعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان
المدعي هو الزوج فالاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج
فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو تمنع
القبول وقيل الخلاف في كلا الفصلين يعني ما اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان
الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال او المرأة
تدعي ذلك وانما الكلام ان الاختلاف في الشهادة عن عقد او المهر هل يوجب
خللا في نفس العقد او لا قال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف
دليلهما واليه اشار بقوله ما ذكرناه قال فصل في الشهادة على الارث
ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء حسب
مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر
والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات
وتركها ميراثا له او لا قال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول
ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه

به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يعزون
ملك الوارث يجد دفي حق العين ولهذا لا تجب الاستبراء في الجارية الموروثة
وتحل للوارث الوارث ما كان صدقة على المورث الفقير والمجدد تحاج
الى النقل ليلا يكون استصحاب الحال منتجا الا نه يختفي بالشهادة على قيام الملك
المورث وقت الموت لتثبت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يد من كان ه
لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال
المسلم في ذلك الوقت ان يستوري سيا به موتين ما كان بيده من الودايع والغصوب
فاذا لم يتبين فالظاهر من حاله انه ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل
الملك لا بينا له قد تكون اليد يد امانة ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطة يد ملك
لان الامانة تصير مضمونة بالتخيل بان تموت ولم يتبين انها وديعة للان لا نه
حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة
على داراً انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يديه فانها خذها ولا
يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلا نه وجب
الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام
انها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي
عند الموت فصار كانه اقام على انها كانت ملكه عند موته وان اقاما انها كانت
لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه
وتقبل عند ابي يوسف بشهادتهم ملك المورث قوله وان قالوا الرجل حي بسبلة
عند موته وان اقاما انها كانت لابيه اتي بها استحسانا اذ هي من باب الميراث
وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى اخر انها له واقام بينة انها كانت في
يده لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها
كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بان المدعى عليه اخذها من المدعي
فانها تقبل وترد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت
بمجهول والقضا بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل اخر اي اليد متنوعة
الى يد ملك وامانة واجارة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضا باعادة
المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم
وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة
حجة وليس المحجة بد احتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله
قوله وان اقر المدعى عليه يعني اذا قال المدعي عليه هذه الدار كانت في يد هذا
المدعي دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به
وذلك لا يمنع القضا كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقراره المدعى عليه

في الشهادة واما عند محمد فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر ح

ان اليد مقتضية نزول ما ساء الزوال فجاز الشهادة بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول ح

الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهدا ان فلانا اقر ان بالف درهم لفلان على هذا المدعي عليه فدفعت اليه ح

ان له شيا جازت الشهادة ويومر بالبيان باب

الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاسمحت
الناجيز في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء بعارة
بدينة لزمت الاصل لاحقا للمشهود له لعدم الاجبار والاثابة لا تجري في العباد
البدينة الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج
اليها لان الاصل قد يعجز عن اداءها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى التوى المخوف
ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة على الشهادة على الشهادة
وان بعدت الا ان فيها شبهة اي للحق فيها شبهة البدلية لان البدل بالاداء
يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذا كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى
البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جواز الجمع بين البدل والمبدل لان لو شهد احد
الشاهدين وهو اصل واخران على شهادة شاهد اخر جاز واجيب بان
البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفرع هو شهادة الاصول
والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاين مما يدعيه المدعي وان كان كذلك
لم تكن شهادة الفروع شهادة الاصول هو ما عاين مما يدعيه المدعي وان كان كذلك
لم تكن شهادة الفروع فاذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل بما لا يسقط بالشبهات
كشهادة النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف
على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فانه
في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة
مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بحيث الشهود بان يزيد واحد في عدد
الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قامه الباقون فلا تقبل في
الحدود والقصاص قوله وتجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان
على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على شهادة
كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الاخر فذلك اربع على كل اصل
اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار كالمراتين لما قاما مقام
رجل واحد لهم حجة القضا بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا اجيز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يعقد الا لتفا باثنين من غير تقييد بان
يكون بازاء كل اصل فرعان ولان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي
يعني ومعناه ان يقبل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا اشهدا بها فقد تم نصاب
الشهادة ثم اذا اشهدا بشهادة الاخر شهدا بحق اخر غير الاول بخلاف شهادة
المراتين فان النصاب لم يوجد لانها بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد
على واحد خلافا فاذا قال الفرع قايم مقام الاصل يعبر عنه بمنزلة رسوله
في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا

ت

هون

٢ الا عن شهادة الاصول ح يعني انهم الاصول بالفروع ح

لما كان ح لله ح

برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ان ما رويناه عن علي
وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة كسائر
رواية الاخبار قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان
وجه مشي وعيناه وكمية المشهود والفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء
الفروع وقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني
على نفسه لان الفرع كالنايب عن الاصل فلابد من التحميل والتوكيل على ما مر
وانما قلنا كالنايب عنه لما مر ان الفرع ليس بنايب عن الاصل في شهادته بل
في المشهود به ولابد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي
لينقله مثل ماسمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي
والاول واضح لقوله لينقله الى مجلس القاضي وان لم ينقل الاصل عند التحميل اشهدني
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره جاز له الشهادة وان لم ينقل له اشهدك
قال ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفرع الشهادة يقول شاهد
الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده
بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته اعني الفرع وذكر
شهادة الاصل وذكر التحمل واداء المذكور في الكتاب كله وهو اوسط العبارات
واما في شهادة الفروع عند الاداء اللفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع
عند القاضي اشهد ان فلانا اشهد عندي ان فلان على فلان كذا من المال
واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك
الان فذلك ثمان شهادات وان قصر سنده وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد
على شهادة فلان بكذا وفيه شيان ولا احتاج الى زيادة شيء وهو لغتيا والفقيه
ابي الليث واستاده ابي جعفر وهكذا ذكره في السير الكبير وقال اشهد بي فلان
على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهدك على شهادتي لانه
لابد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول
والفروع حتى اذرجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني بتخيير المشهود عليه
بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون التوكيل لا توكيل الا بامر
واما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهدا انسانا على نفسه
ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لابد له من نقل
شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست حجة بنفسها ما لم
تنقل ولابد للنقل من التحميل ولقايل ان يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل
المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لابد من النقل لتصير حجة

والمذكور اولا على شيئين

بطريق ح

وعطف

وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل
والنقل لا يكون الا بالتحمل ذكر في الفوايد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان
الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد
شهادة الاصل مزيف لان الفرع لا تسمع الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد
بالحق عند القاضي في مجلسه فلابد من طريق اخر وهو ان الشهادة على الشهادة
لا يجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له شغل في نقل الفرع
شهادته من وجه وهو ان الشهادة متحقق على الاصل يجب عليه اداؤها ويأثم بكتمانها
متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان
بقضاء عنه يجوز وان لم يكن بامره وباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها
مضرة من حيث انها حجة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه
وابطال ولايته بدون امر مضر في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وما ذكر من
له ولاية في انكاح الصغيرة فاذا نكحها اجنبي فهو امر لا يجوز لما فيه من ابطال
الولاية عليه وهذا كلام حسن ليس الخلل واما عبارات المشايخ ففيها مشكلة ليس
فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام قوي في اول الشهادات
بوجه اخر معتمد والله اعلم قال ولا تقبل شهادة شهود الفروع قد تقدم
ان يجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز مع عدمها قال ولا تقبل
الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم
من الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بمثل هذه الاشياء لعجز الاصول عن
اقامتها واما اعتبار السفر لان العجز بعد المسافة ومن السفر بعيدة حكما حتى ادير
عليها احكام قصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية
والجمعة ومنع خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في
مكان لو غدا الى الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج
واحيانا لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن لان العجز تحقق به
كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن
والثاني رفق وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ وروي عن ابي يوسف
ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم يتعللون فلم يكن تعللهم اقرارهم فان
عدل شهود الاصول شهود الفروع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا
على شهادة اصلين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف
الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم
يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع
وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول ثبت عدالتهم

بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية للزوم على صفة الشهادة وكذا
اذا شهد شاهد ان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله
غاية الامر وهو القول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ
شهادة نفسه بعد التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر
ما يرد فيه من امر التهمة ان ينبغي ان لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ
شهادة نفسه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث يتفيد القاضي
قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كالابتهم في شهادة نفسه فانه
يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما للناس عند تنفيذ
القاضي قوله على وجه ما شهد به وان لم يكن له شهادة بينه في الواقع فيكون ذلك
مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع بثبوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول
وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي له
بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نجرك جازت شهادتهم ولكن ينظر
القاضي في حال الاصول بان يسأل من المزكين عن الفروع عند ابي يوسف
وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم يثبت
الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الجاحود عليهم بقبول الشهادة دون تعديل
الاصول لان التعديل قد تخفى عليهم فاذا تقلدوا تعدلوا سواء عليهم ثم
القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نجرك
ان الاصول عدول او لا قبل دال وقولهم لا نجرك سواء كانه اشار اليه بقوله فاذا
لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل
عن الاصول غيرها وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود
الاصل الشهادة فقالوا ما نعلم ان شهادتنا هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع بشهادتهم لم تقبل
شهادة الفروع لانا لتحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع
وهو التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين اذا شهدا فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا
اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم انها هي هذه
يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت فالمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك
النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا
على المشتري بعد ما انكر ان يكون المحدود بحدها في يده لا بد من شاهدين آخرين
يشهدان بان المحدود بحدها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعي عليه الذي
في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى اخر الشاهد

شهد

شهد عندي ان فلان بن فلانة الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كتابي هذا
بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول
القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا
الكتاب لتمكن الاشتباه فيه في القضاء انه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى
الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال دينه ووفور ولايته ينفرد
بالعمل ولا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع
غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب لان دينه ووفور ولايته
قام مقام العدد وقوله الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب
كتاب القاضي فلانه القيمة لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة
يعني التي تحاصبية وقيل في الصحاح الفخذ اخر القبايل الست وهي الشعب
ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة وقال في غير الصحاح
بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين جمع القبايل والقبايل جمع العمائر والعمائر
بكسر العين جمع البطون والبطن جمع الافخاذ والفخذ بسكون الخا جمع الفصائل
وهذا اي عدم الجواز كان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة الى العامة
والقيمة قائمة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فكم من بشر يشاركون
اساميهن واسامي ابائهن وتحصل بالنسبة الى الفخذ لانه خاصة ثم التعريف
وان كان بذكر الحد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ظاهر
الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الحد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة
الجد الادنى في النسبة وهو اب الاب قال ابو حنيفة شاهد الزور
اشهر في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او
شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر ويشهر تعزير عند ابي حنيفة نقوله ولا اعزره
يعني اضربه وقال ابو يوسف ضربا فحسبه وهو قول الشافعي ومالك لما مارو ابن عمر
عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالحمة المحمية من السخام وهو
سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود ولا يقال الا مستدار به غير
مستقيم على مذهبهما انه لا يتوهم ان بجواز التشهير للزوم مثله وهو غير مشروع
ولا بتبليغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات كما نفاه ابو حنيفة من التعزير
بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك
كان محمولا على السياسة قوله فان هذا اي شهادة الزور كبيرة ثبت
ذلك بالكتاب وهو قوله فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور
وبالسنة وهو ما روي ابو بكرة عن ابيه ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم
باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان

شهد

متكا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يتولها حتى قلت لا يسكت وتجري ضروبها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر فيعزر ولا في حنيفة ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعلمه عليهم وسئلوا عنه فكان كما مر وعن محمد وخل محل الاجماع ولان المقصود هو الازجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفي به دون الضرب وان كان مبالغة في الزجر لانه قد يقع ما فيه من الرجوع فانه اذا تصور الضرب خاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على سياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي عنه قال عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة النسخ هذا يا ويل شمس الائمة واوله شيخ الاسلام بان المراد بالنسخ التحويل بالعصى والتشهير فان المحول يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا يبشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير ما نقل عن شريح انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا الى مجمعين ثم الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس وذكر شمس الائمة ان عندها ايضا يشهر والحبس والتعزير مقدار ما فوض الى ما يراه الحاكم ولم يذكر المصنف ان هذا الاختلاف كان ثابتا ومصرا او محمولا على الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر ومن غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الخلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك او لا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومن ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة اشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا تقبل اصلا لانا ان كنا نعمل على رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم وكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى ابو حفص انه تقبل فانا نفتي عليه الفتوى قال المصنف وفي الجامع الصغير وذكر ان فايدة ذكر توبته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل رجل وظهر حيا اما لتذكره واما لانه لا محيص له ان يقول لذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وما يعني كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فحمل كانه قال لذلك كتاب الرجوع عن الشهادة تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو ما يسمى به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقابها الكبير في

او محمولة وكان ضعيفا

فاذا

فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الترتيب لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعي عليه اما على المدعي عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجعنا عنها صارا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كانت الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم ليلا يودي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع وان الكلام الاخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهما ضمان ما اتلفوه لشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان بقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان السبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البير على قارعة الطريق فان قبل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فلا ضمان لجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار وقد مر شقريس من بعد والبقية عن ذكرا التقرير في الفصلين بذكر في الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كامرو الاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها وبقيت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء وانتهاء ويجوز ان لا يكون مشروطا شرطا لابتدا لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلا في الابتداء وما يرجع الى المحل فلا بد فيه سواء كالمحرمية في النكاح فوجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ وكان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر من السر والاعلان من الاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها بتقييده به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعها واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا تحليفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال لقبلت بينته لان السبب صحيح الظهر المستكن في

ومختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان صحة الشهادة مختصة

شبكة الألوكة www.alukah.net

في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الان ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله الان للسبب بدل من المضاف اليه وهو قوله البينة اي لاجل قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وليس بصحيح لانه الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتامل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال المشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوا بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما ياتي بعد من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجا الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير يقسق وليس بملجا حقيقة لانه يمكنه التاخر على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك وكانه يرى انجاءه اليه صرف التامين عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لجلبه وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماضى لما تقدم فاعتبر التسبب فان قيل ما قال كل منكم ومن الشافعي في ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وجعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر لنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او صار سببا كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا مما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز ان يعهد الامام مما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمان بيني ان الضمان انما تجب على المشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار زفر الاية لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انهما اذا رجعا بعد ما شهدا بما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي وكان قد استوفى عينا عينا بمقابلة دين لا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام رحمه الله بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهد

وقيل هو الضمان ومعناه الامر بالضمان صحيح وهو الاصح عند الحاكم رحمه الله

ولا معتبر بعدد رؤوس المباشرين وانما يعتبر بعددهم على الضمان لان الهلاك انما حصل بفعلهم فيعتبر

فيها

ينبغي ان لا يزول عن ملكه الا بقضاء القاضي بهلاكه فلا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكها يأخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واداء الدين فبازالة العين عن ملكها قبل القضاء ينتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه زعم ان ذلك باطل وان المال في يد مالكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال واذا رجع احدهما ضمن النصف المشهور في بابه الرجوع عن الشهادة فيما بقي من بقي ثلاثة ارباع الدين بقضاء القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد منهم لا استواء وظهر اضافة القضاء الى المشي وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادته من بقي نصف الحق قيل لا نسلم ذلك فان الباقي قد لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء وجب بان البقاء اسهل من الابتداء فجاز ان يصلح للبقاء لاثبات ما لا يصلح في الابتداء كالمتعة والاجل فانهما لا يصلحان في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلحان في البقاء قلنا واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي شهادته كل الحق ان استحقاق المدعي للمشهود به بان الحجة التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف السلطان مال انسان بامره فقضى القاضي لرب المال على المتلف يسقط القاضي على المتلف ثم استحق الضمان من المتلف يسقط الضمان الثابت لرب المال بقضاء القاضي على المتلف ولان منعه بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع احد من الرابعين لزم الراجعان نصف الحق قبل يجب ان تجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فما اتلف نصف الحق فتقصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق اليقين والانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا فاذا رجع الاول ظهر ان به واحتمل الكذب غير فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما او ان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة ارباع بيقين من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل فان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي شهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقيتين فبقي ثلاثة ارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لا تمن وان لثرن يقمن مقام الرجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل يشهد

لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادتهن وانما اذا محض فعل حتى لو القضاء الا الرجوع اذا كانوا اثنين

فيها

للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا انعت نصف شهادته ضمنه
عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال
عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا
كانتا كرجل صارتا كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث
على ذلك نظر واتمام ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب
انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مرارا فكان الاطلاق كلمة كل واذا رجع
النسوة دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من
بقي فالرجل يبقى بقاءه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة بالف ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المرأة لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء
مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا يضمن عند الرجوع شيئا قال ـــــ
وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا
فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المثلث ههنا
منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي
المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة فوله واغا يتقوم حراب
عاينا لو لم يكن المنافع متقومة لكانت بالتلف كذلك لان الخارج هو عين الداخل في
الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند
الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتفويت انه لخطر المحل لانه
محل خطير لحصول النسل به ولهذا المعنى يوجد في حالة الاذاية كما يوجد في حالة الازالة
منشر وطء عند التملك بالنكاح ليس بمشروط عند الازالة كالشهود والولي وموضعه اصول
الفقه وقد ذكرناه في التعزير مستوفى بعون الله وتأييده ولذلك ان شهد على
الزوج بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم
حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل ثمنه
ثم رجعا لا يضمان فوله وهذا لان بيني الضمان معناه ان الاتلاف يقع عرضا
مضمونا بالقيمة والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق
الدلالة وان شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض
وهو موجب الضمان قال ـــــ وان شهدا ببيع شيء مثل شهدا باذ باع عبد بالف
درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما ان الاتلاف بعوض
لا اتلاف وان كان قيمة العين ممن للبايع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في
مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار
البيع بان شهدا بأقل من القيمة بالصورة المذكورة وبان البايع بالخيار ثلاثة
ايام فقضى القاضي بذلك وصحت المرتد وقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل

ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزايد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير
مزيل للملك والبايع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة
فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان ولكن حكمه يضاف الى السبب
السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بالبيع والبايع لما كان منكرا
لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى
الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختيار
فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا
ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد وبعطاوعة ابن الزوج
وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا ترى ان المحرم اذا اخرج صيدا فذبحه شخص
في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكدما كان على شرف السقوط
بالتخلية وان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع
الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كانه لم يكن فكان
وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان
بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد النشوز لا يقبل الفسخ لكن العاد
كل المبدل الى ملكه من غير تصرف فيه فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق
عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل لان
يجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه
تابع له فيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه ملزم في ذلك
شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه
لا يصلح عوضا للكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان بالايسار والاعسار لكونه
ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال ـــــ واذا شهد بقصاص ثم رجعا واشهدا
على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي
يقتص منهما لوجود القتل شبيها فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد
المكره ان كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجا بشهادتهما حتى لم يرد
الوجوب لغرامان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس
بملجا الى القتل وقوله بل اولى اي التسبب ههنا اولى من الاكراه لان التسبب موجب
من حيث الاقضاء والاقتضاء ههنا اكثر لان المكره بمنع عن القتل والجاني عليه والولي يعلم
ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لو لم يختلف فيه
احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون اياه الى المباشر للقتل وهو الولي الملزم بلزوم
القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد ولذا التسبب الى الشيء
هو ما تتعقبه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال

على الاصل فكان هذا
اكثر اقتراء ينتقض من المكره
للتسبب فمن الشاهد اولى

قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا وتمايل ان يقول ظهر ابتاء حياته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل قصارى ما لعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يتوثر الشفي في القصاص ظاهر ولهذا انزل فقال لان الفعل الاختياري معنى سلمنا ان عدم نسبا ولكن الفعل الاختياري يقطع النسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة بندبي بها القصاص وان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقط ما يثبت بها وقد يتضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختيار فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالالة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي سهما اوجا الشهود بقتله حيا قلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره نفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما فالاكراه عاملين للولي يرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على من تلف بفعله وعليه يخرج في المختلف تضعيف القيد الى اللبث لا تضعيف علاء الدين العالم قال ـــــ واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او تقولوا اشهدناهم كاذبين ورجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما كالقصاص لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضي بشهادتهم ثم رجعوا وان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد به تضمنون لما ان القضاء وقع لشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف ولهذا ان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والفقها يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما قصار كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان

فكذا

فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا عندها يجب الضمان على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع علا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا بو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل الجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول والمجانسة بينهما لتصل الكل بحكم شهادة واصل فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد وعن غيره وتاخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد وان قال شهود الفروع كذب شهود الاصول او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهد على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال ـــــ وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اي اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المزكين بما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثبتوا على الشهود خبرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان ولان التزكية انما للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف الحكم اليه لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال ـــــ واذا شهد شاهدان بالبين انه اذا شهد على رجل انه قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر وقال ذلك لامراته قبل الدخول بها واخر ان على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كحافر البير مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر فقوله الاتي توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف

شبكة الألوكة www.alukah.net

المشايخ فيه وقال شمس الائمة السرخسي لا عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة بانكار الموكل ورجع بشهود الشرط ظن بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلم لا تصلح لما ضافته الحكم اليها ههنا فانها لما ثبتت بتقدير فيضاف اليها الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال بخلاف ما ذكر عليه في الزيادة لان قوله انت حر مباشره الاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي او لا تلاف ملك الحفر فان هناك تفعل المباشرة وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فكذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط قوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله اعلم

قال الوكالة عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع محتاج في معاشه الى تقاضد وتعاوض والشهادات من التقاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاورثتا خيرة والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله يكله اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه ماكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وعقد جايز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم ينكره النكير والسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسميت تعليق البتات المعدوم تنجيزا مجازا وركنها لفظ وكلت واشباهه روي بشر عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره اني جعلتك وكيلي في بيع عبدي هذا او هويته او رضيت او شئت او اردت ذلك توكيل وامر بالبيع وشرطا ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جايز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا كل صاحبه وحكما جواز ما شرع الوكيل ما فوض اليه قوله كل عقد جاز ان يفعله الانسان بنفسه هذا ضابطة ينتظم بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فحيث يتحقق وهو عاجز عن المباشرة يحتاج الى التوكيل وقد مر اذا النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية حكيم ابن حزام وبالتزويج عمر ابن ام سلمة يزوجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان قد يجوز له ان يستخلف غيره على نفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد لنفسه واذا وكل غيره لم يجز ذلك كالاحرام والذبح اذا وكل مسلما في الحرم بحيث وجازا ان يعقد الذبح بنفسي فيكفا واما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه كون المحل مشروطا كما عرف بالحصر وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض فان الدراهم

التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تغيير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جايز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الجلية غير لازم وبان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو مال الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا اجعلتم المحل فيه مدفوعا وهو مال الموكل لان ذلك محل التوكيل بالقبض لانا لا نسلم ذلك والذي جاز له توكيل المسلم اليه المقترض توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك بخلاف ما نحن فيه من التوكيل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقتراضه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل احضر من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جايزة ولم يلزم منه عجز اصلا واجيب بان ذلك لحكمة الحكم وهي تراخي الحقوق الى الاداء وتجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شايع وصيغته يكون المناط هو الحاجة وقد يوجد بلا عجز قال وتجوز الوكالة بالخصومة عند ابي حنيفة في ساير الحقوق الوكالة جايزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفايها واستيفايها اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ كل احد لا يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن وعقل وقرو فوكل عبد الله بن جعفر واما ايفاء واستيفاء فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفايهما في غيبة الموكل عن المجلس لا تجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقرير القصاص بندري بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى ولم يتشهر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كساير حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سايرها حقوقه لا يندري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد لعني يستوفى في الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة الى شبهة العفو فانه في حضوره ما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة درايته

وكان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا ليلا ينسد
بابه بالنسبة اليه بالكلية وقوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود
والقصاص فانه لما قال وتجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق واثباتها واستيفائها
واستثنى اثباتها الحدود والقصاص واستيفاءها بقي الحدود والقصاص داخلة في قوله
بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة وقالا ابو يوسف
لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص بالشهود وقول محمد مضطرب
وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا فاما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة بمباشرة الحالة
وهذا باب مما يحتمل فيه عن الشبهات كما في الشهادة وكما في الاستيفاء
ولابي حنيفة رحمه الله شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
والشرط المحض حق من الحقوق التي يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق
لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة
على الشهادة لانها في الشروط لا تصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود
بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها
الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب يدفع ما عليه
وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع
الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو صحيحة لكن هذا
الوكيل لو اثر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس
صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان
ما قاله من شبهة عدم الامر به قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال
ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض
او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف هذا
خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد
بعده او لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لا يلزم للزوم
فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لا يلزم للزوم معرف
ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا
حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا فانما اتى التوكيل تصرف في خالص
حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اذ قبض الديون وايفاءها ولابي حنيفة رحمه الله

ان سلم انه تصرف في خالص حقه قال الجواب مستحق على الخصم ولقد استحضر في مجلس
القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص
في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون
للخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا اكاتبه
احد الشريكين فانه تتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه لكان ضرر
شريكه فيتخيرين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى
للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن
التنزل ان يوقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من افات التاخير والموت اشد
من اللازم بتفاوت الجواب فجعل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي
يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحال فان ازداد مرضه صح التوكيل
وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح وارادة
السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرر لكن لا يصدق منه دعوى ذلك
الا بالنظر الى زيد وعمرو سفره وبالسؤال عن رفقايه كما في شرح الجامع الصغير قال
الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر
الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق لحيائها فيلزم توكيلها قال
المصنف وهذا شيء استحسنه المتاخرون اما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة بين
بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها البكر والثيب والرجل قال ومن شرط الوكالة
ومن شرط الموكل ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب
النهاية ان هذا التقييد وقع في قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فمن شرطها
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به
جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك
التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف
احترازا عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام على مذهب الكل
وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف
فان الانسب الحكمة هو جنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك
التصرف فيه دون التوكيل بالا نه يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني
احترازا عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا
اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتما شرطا
واحدا لزمك الوكيل فان من يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ويجوز توكيله قلت
هذا غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه
قوله لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل لما لم يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه

فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملك محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذي وكل به والثاني مسلم ينتقض توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة والكلام فيه ولا يأبى هذا ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه احكامها شرع الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه كالمفاوض في بعض ذلك لان مبنانا على التوسع وبشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لا يعقل والمجنون وبفقد ع بان لا يكون عاريا لانه يتوهم مقام الموكل في العبارة فلا بد وان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير ممن الفاحش ليست بشرط في صحة التوكل لكن ذكر في الكتاب ان هذا شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفته ان ماز اد على دية درهم في المتاع ودية يازده في الحيوان ودية دوازده في العاقلة او ما يدخل تحت المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاستقصاء يعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلها جاز وبينهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى ان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والتوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او مأذونا ذلك جاز لانتفاء المانع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف لنفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم تلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله مجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا ماذونين بتفصيل بما لكن بتفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او موجلا واذا وكل بالشراء بثمن موجل لم تلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر من طالب البائع بالثمن لانه يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للقضاء من في المتروك وليس هذا كذلك وانما هذا التزام مال في ذمته اسقوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والعبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشرا

بثمن

بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما لزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كالو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع فعلم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من به جنون ويبقى له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق يتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه تخير كما اذا اشترى على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقد الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالموكل واخر يتعلق بالوكيل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبر بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا التصرف حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه اهلا لها هلية الايجاب والاستيجاب وكان العقد الواقع له منه ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل في النكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق يتعلق به ولهذا قال القدوري في المختصر وقال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشتري ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقرير ان الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا وقال شمس الائمة قول ابي طاهر اصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر لقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك لخلافة والشافعي اصالة وتحقيق المسئلة ان تصرف الوكيل على جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة بنائه عن الموكل واعمالها ولو بوجه اولى من اهمال احديهما فلو اثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل وابقاء اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في ذلك الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي ان الملك سبب للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري

والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته وانقلابه مطالبا للتوكيل ولو انشأها للموكل بطل عبارته فانشأ الملك للموكل صح

شبكة الألوكة www.alukah.net

اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يتعلق عليه ولو ملك المشتري
لكان ذلك واجبه بان تعود الحقوق بقضي ملكا مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج
امة ثم حرق على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحر ولم يفسد النكاح واذا
ملكها الزوج لم تعد مستقرا للملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا
يتعلق عليه وبيه نظر لانه خالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم
محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي بوزيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل
في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله قوافق ابا الحسن
في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المصنف
وفي مسئلة العيب فصيل نذكره واراد به ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله
واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان
سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال — وكل عقد يضيفه الى موكله هذا ضابطة الضرب
الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه
تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المراة بتسليم الابن ٥
الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه بذكر اضافته الى الموكل فان اضافه الى نفسه
كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته كعبارة المرسل فكان العقد صدر منه
ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف وهذا
ان الحقوق فيها لا يتصل عن العقد لان السبب في هذه العقود استقاط فيتلاقي
ومعنى الاستقاط في غير النكاح ظاهر واما في النكاح فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود
الملك عليهن لكونهن من بنات ادم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة
بالنكاح ضرورة التسل وفي ذلك استقاط لما لكيته فيتلاقى فلا يتصور صدورهن من
شخص وثبوت حكمه لغيره والقايل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق
فما فايدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد علمنا في الضرب الاول
ان الحكم ينتقل الى الموكل اويثبت له خلافا اعتبارا للتوكيل السابق ويبقى الحقوق تعلقت
بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبان لا بالتاخير فيشترط الخيار
ولا يتصور ذلك فيها للاستقاط فاما ان يبقى للوكيل او ينتقل العبان الى الموكل والاول
باطل لانه يبطل التوكيل وبنافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله
وكان سفيرا والله در علي فضله وتنبيهه للطايف العبان اجزاه الله عن الطلبة خيرا
قال — والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني الخلع على مال
والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لتمكن الاستقاطات
واما الصلح الذي هو اجارة مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول
لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان

تقدم

الحكم

او

او يتصدق بماله او يقرضه او يعيره دابته او يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل
وطلبها امر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه للموكل او رهنه
وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الرد بعيبة والعارية والرهن والقرض
ممن عليه قال المصنف رحمه الله لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض
والقبض لا يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير الوكيل فكان ثابتا للمدين له فحل
والحقوق فيما تثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لم يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى
الموكل بحكم العبارة سفارة فيما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلة ولذا اذا كان
الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة او الارتهان والايهاب قال الحكم
والحقوق ترجع الى الوكيل ه وفي الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض
الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض
ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي بحصل القبض له فصار كما اذا قبضه
لنفسه ولذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة
قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل يستثنى من قوله ولذا اذا كان الوكيل من
جانب الملتمس واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته او لا في اول كتاب الوكالة واريد بك ما يسر
الله ذكره لكون المتامر من مساوك الاراذل فان لك فاحمد الله وان تعثر فخلافه فلا
تلومنه فان جمهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير
وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو مال الغير واجيب بان
محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هل الاصل محله في الاستقراض البدل
في ذمة الوكيل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل
بالايهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس شئ
يدل على المستعير او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل
التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والايهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه
يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل
فليلزم في الاستقراض كذلك قلنا الجواب انا اعتبرنا العبان محلا للتوكيل في الاستعارة
ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذا لم يلزم بها بدل في الذمة فلو
اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل
والخلف في شخص واحد من حيث عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف
الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت
الملك فيما استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان
ليستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض قال — واذا طالب الموكل المشتري
بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه

يعني للرسالة

ان المستعار والموهوب محل
التوكيل بالاعارة والهبة
لا الاستعارة والايهاب
وانما محله فيها عبارة الموكل
فانه تتصرف فيها بجعلها
موجبة للملك بالقامة
الموكل مقام نفسه في ذلك
فان قيل فليكن في الاستقراض
كذلك فالجواب

قوله فلا يحل اصلا مقتضاه
اصلا في الحكم وليس الكلام فيه وهو
ذلك بان الحكم اذا كان في محلا
مملوكا للغير صح

لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا انهاه الوكيل عن ذلك صح واذا انهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا بادائه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالب بدفعا بيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فايدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير المتعرف واما في المتعرف فقبض الموكل لا يصح لان جوان بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليها دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لتعلق الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء غير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلام معا براء المشتري ابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له دين وجوابه ما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغير عوض والوكيل عند ابي حنيفة ومحمد ان يجري المشتري بغير عوض فلذا يعوض لانه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان له الابراء استيفاء لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مستوفيا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا يضمن الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابراء سقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا استوفاه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا انفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع بوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصوله متقدما ان كانت بدين الموكل ومتاخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

لا محالة فليس لغريمه ان يقتضيه الا باذنه والجواب الفعلي بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل مع

فلزم الوكيل الضمان كالراهن بعين الرهن فانه يضمن الراهن بهلاكه باستيفاء المرتهن بغير اذنه بالاستيفاء

بلغ مقابلة بحمد الله

باب الوكالة بالبيع والشراء

الوكالة هو الاكثر وقوعا واسهل حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والاثبات قبل الازالة ثم قال ومن وكل رجلا ان يشتري شيئا وكل رجلا ان يشتري شيئا بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه وبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرض كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشتمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا ان يشتري فاما ان يكون معينا او لا والاول لا حاجة فيه الى

ذكر شيئين والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه وبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاتيان به فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف والثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمثل الوكيل من الاتيان بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الاخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول اشتر ما شئت فانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة تحتملها في باب الوكيل كالمشتري لنفسه فانه لو باع من الموكل في ذلك الجهالة لم تمنع الصحة فكذا فيما اعتبره وجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها لتمييز ما يفسد الوكالة مما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه وذلك معلوم صحت الوكالة بها لما قلنا وان تزوج ذلك وذكر لفظا يدل على انواع مختلفة كان ضم الى ذكر بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن او لا لان الجهالة الفاحشة فالدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف تنطلق على الخيل والبغال والحمير فتدرج اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والمالية والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الصفة اي الجودة والوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة ولذا اذا قال عبدا خمسمائة وجارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس حازت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والوسطية وفائدة ذكر وصف الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه قال ومن دفع الى اخر دراهم ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يتبع على الخطة ودنيقها استحسانا والقياس ان يتبع على كل مطعوم اعتبارا بالحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما

الوكالة استحسانا والقياس خلافه لان التوكيل بالبيع والشراء مقتصر بخصوص البيع والشراء فلا يتحمل الوكيل

اضداد تحتملها الجهالة لم تصح الوكالة به لاحتمالة وان يسير الجنس بان ذكر لفظا يدل على

شبكة الألوكة www.alukah.net

اذ الطعام اسم لما يطعم وحده الا ستحسان ان العرف اهلك اي اقوى وارجح منه بالاعتبار
من القفاس والغراق في شرا الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف
اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف
غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف
ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغيرذلك فينصرف
الوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان
كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا يدل على ان ما ذكرنا او لا مطلق اي سوا
كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشرا الطعام ينصرف الى شرا الحنطة ودقيقها
وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن
ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو محمول على الاول وذكر ما يدل
على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم
فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها خبزا لان ادخاره غير
ممكن وانما يكتفي الادخار في الحنطة واقول في تحقيق ذلك انه فرق تعرف به الخلاف اللفظ
المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم قليلة وكثيرة وسطا تعين افراد
ما عينه العرف وقد فرض ما يرجع على ذلك وتصرفه الى خلافه ما حمل عليه مثل الرجل
اتخذ الوليمة ودفع دراهم ليشتري بها طعاما فاشتري بها خبزا وقع على الوكالة
العلم بان المراد ذلك قال واذا اشتري الوكيل ثم اطلع على عيب واذا
اشتري الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فانما ان يكون المشتري بيده او دفعه
الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده اي البايع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من
حقوق العقد وهي كالاذن فان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء الوكالة وكان في الرد
ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كاليد كان خصما لمن
يدعي يد المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمحتق قبل التسليم الى الموكل قال
ويجوز التوكيل بعقد التصرف والتسليم اذ اوكل شخصا بان يعقد عقد التصرف او يسلم
في كيل معلوم مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في
اول كتاب الوكالة ولوكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل ببيع طعامه في ذمته على ان يكون
ثمنه دينا في ذمة المشتري وذلك لا يجوز لان من باع مالا نفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز
فكذلك في الدين واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه
الوكيل حفظا للتعاقد المذكور عن الانتقاض وبان التوكيل بالشرا جايز لا محالة
والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم
اليه والوكيل مطالبا بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع
الحاجة بالنص على خلاف القياس من يقتصر على مورد النص والنفر قد ورد جواز قبوله

فلا

ولا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص
ولحق هلاك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشرا يملك المبدل حين هلاك
ويلزم البدل في ذمته فان قبل فاجعل المسلم فيه في ذمة الوكيل والمال له كما في صورة
الشرا فالجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور انفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل
عاقدا لنفسه فتجب الطعام في ذمته ورا س المال هالك لهما فاسلمه الى الامر
على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى
نفسه او الى الامر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف
ورا س مال السلم في المسلم فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه
سوا كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه
فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد
لوجود الافتراق من غير قبض لشيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غايبا
عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالصارف بنفسه
فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق
قبض العاقد قوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في
بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب
السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم
اي من جانب رب السلم اي من جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب
المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه
لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراقا بلا قبض واذا كانت فيه
ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض عن العاقد فلم يصح قال
واذا دفع الوكيل بالشرا اذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن
متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل
كالبايع من المشتري لثبوت احاديثها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا
وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل وذلك خواص المبادلة فان قيل ما ذكتم
فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها قلنا الفرع المختص باصل وجوده يدل على
وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل
كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من حقه ان يرجع عليه فوله وان الحقوق
دليل اخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت
ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه
مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك امرا به دلالة وهلاك المبيع في يد
الوكيل قبل حبسه لا يستعقب الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا

بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبس
حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل والبائع حتى حبس المبيع بقبض
الثمن وعلى هذا الافصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع او لا وقال زفر ليس
له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كما اذا سلمه اليه والحبس في المسلم
غير متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس
لان المبادلة يقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يكون الاحتراز
عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل
قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين
ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاجل حقه والتعارض بين احدهما يحبسه فكان
الامر فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان
عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند ابي يوسف بسعر الاقل من قيمته والدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع
عشرين رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة تسقط الثمن
به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عنده وفي جب مثله او قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع
الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر فهذا
يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس لاحد حق الحبس فيه صار
غاصبا ولهذا اي لابي حنيفة ومحمد ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه
انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان
كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان حبس واجيب بانه
اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوي جهة كونه نائبا فلزم الضمان واما
اذا لم يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد
الحبس وكما هو كذلك فهو معنى الرهن لان معنى البيع فان المبيع مضمونا قبل الحبس بنفس
العقد وهذا لاثبات ما ادعاه وقوله بخلاف المبيع لنفي قولنا يعني ان المشتري ليس كالمبيع
ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل والبائع
واجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله
لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل فانه
ينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا اعفا الطاعن على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك
المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع
وفي الثاني لا ينفسخ وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يبدأ على الشاهد
من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كاتري فلسد لا تاذا

فرض

فرض ان الوكيل بايع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بايع ليس بوكيل فاستويا في وجود
الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التامل وجدت ما ذكرت عن ابي يوسف غلطا ومما
وذلك لان البايع من الوكيل بمنزلة تابع البايع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبايعه
لا يلزم منه الفسخ بين البايع وبايعه فكان ذكر احدهما حالا واذا وكله رجلا
بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشتري عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم
يباع منه عشرة ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان
الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقال لا يلزمه العشرون
وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل
اي في وكالة المبسوط في اضراب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الامر عشرة
منها بنصف درهم والباقي للمامور لابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدراهم
في اللحم وظن ان سعر عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امر وانما خالفه مخالفا
للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما اذا ازداد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف
فباعه بالعين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فظن
ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امر به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة
على الموكل لانه اتى بالمامور به وبنيف بخلاف من وجهين الاول يجب ان لا يلزم الامر شيء
من ذلك لانا لعشرة ثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا وقبل
هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة
لشيوعها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا
له والثاني انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشتري له هرويين بعشرة
كل واحد منهما يساوي عشرة قبل ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما يعني لا يلزم
الامر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة والجواب عن الاول الامام رشيد الدين
بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يتبع الا في ضمن ما تضمنه
وما تضمنه لم يقع لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه ولما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء اللحم
تتوزع على اجزاء المبيع فلا تتحقق الضمنية في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية يحمل اللحم من ذوات
الامثال ولا تفاوت في قيمتها ان كانت من جنس واحد وصفة واحدة ولا مناقشة حينئذ
كان للوكيل ان يحمل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان
وان تساويا في القيمة لكن يوقف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يفيد حق الموكل فيثبت
حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال اني لا ادري ايهما اعطيه بحصة
من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من يحمل اللحم
مثليا وهو مختار صاحب المحيط واما عند عيسى فلا بد من تعليل اخر ولعل ذلك ان يقال
اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد معروف النساي

لطفة

واحد وكله رجلا

في القدوري بالغمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان تطرق الخلل في احتمال
التساوي لكثرة مادة وصونه وطولا وعرضا ورفعة ورفعة واجله كونه حاصلا بصنع
العباد فحل السهو والنسيان فلا يلزم من خلل من احد هما خلل من الآخر قوله
بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل ابي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد
بالف وبيعه بالعين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له وردبان الدرهم
ملك الوكيل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمة
مبدل عينه لا بدل فكان الغرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو
فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف
اللحم ويجوز تحولها الى حاجة اخرى باجر وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان
الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السبب والمشتري
هو البائع فلا يحصل مقصود الامر قال ولو وكل بشراء شيء بعينه ولو وكله بشراء شيء بعينه
لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك
لا يجوز وان نوى نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بنية الموكل على ما قيل
لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب
وقع عن الموكل الا اذا اشترى بمثل وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فاذا
سمى الثمن فاشتري بخلاف جنس ما سمى فقط هو وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف
نقد البلد فالامر منصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه عامور بان يحضر رايه ولم يتحقق
ذلك في حالة غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا انكحها
من نفسه يثبت المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف المعنى
المامور به واجيب بان النكاح الموكل به مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه
حيث انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك مضافا
الى الموكل بحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل فاذا عرف ما به المخالفة فاذا
عداه موافقة مثل ان يشتري بالمسمى من الثمن او بالنقود اذا لم يسم او اشترى
الوكيل الثاني بحضرة الموكل فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رايه لم يكن مخالفا قيل
ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غير فعل الثاني
بحضرة الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رايه لم يكن مخالفا او فعل ذلك اجنبي
فبلغ الوكيل فاجاز جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق
او اعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية في الرجعي والتتمة واجيب بانا نحمل بحقيقة
الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الراي الى الوكيل وتفويض الراي الى الوكيل

انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي ولا حاجة فيهما اذا النزاع ان مال الى الراي فجعلناها
مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور
مامورا بنقل عبارة الامر لا بشيء اخر وتوكيل الاخرس والاجانة ليس من النقل في شيء
فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرها فان العمل يحتمله الوكالة ممكن لانها تحتاج
فيها الى الراي فاعتبرا المامور وكيلا والمامور به حضور رايه وقد حضر بحضور او باجازته
قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا
فعلى الوكيل الا ان يقول كنت الشراء للموكل ويشتريه بمال الموكل وقوله هذا محتمل
يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان تكون الاضافة اليه عند العقد
وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجهين لانه اما ان يضيف العقد
الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للامر حملا الحال الوكيل
على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا
وعرفا لكونه غصبا لدراهم الامر وان كان الثاني كان للامر حملا لفعله على ما يفعله الناس
عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على
ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليل على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل
له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره
ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لاحالة والاول اولى لان بالاول يصير
عاصيا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للامر فضوله
او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء فيه
عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي فحكم النقد بالاجماع
فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له للوقوف لانه ظاهر على ذلك كما مر من حمل حاله
على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم يحضر البيته قال محمد هو للعاقد لان الاصل
ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت حمله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية لان الغرض
عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره
فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين وان مع تصادقهما يحتمل انه
كان سري للامر ونسبه قوله وفيما قلنا يعني بحكم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا
كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصبا كما في حالة التكاذب واذا علم هذا الوجه
ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشتري بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه
ان نقد من دراهم الموكل الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نوى الوكيل
لا عبرة بالنقد وضلافيما اذا تصادقا على انه لم يحضر البيته وقت الشراء انه يقع للوكيل
او حكم العقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان
حمل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المصنف وهو المراد

عندي بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كان ينبغي ان لا يفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء تلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام هل هذا الوجه انما خصه بالذكر مع استفادته حكمه من التوكيل بالشراء نبه القول بعض مشايخنا بانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تعاقدا فانه لم تحضر النية فالعقد للوكيل اجماعا والاجماع التقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا التأويل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له النقد لم يمكن ان يعلم بالنقد وليس الشراء كذلك وكان العقد للعاقد عملا بتقييد الاصل قال ومن امر رجلا ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكر الموكل فانه ان يكون التوكيل ليشتري عبدا معينا او غير معين والاول تصحيح والثاني اما ان يكون العبد مبينا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غير فان كان مبينا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان الامور اضربها لا يملك استيفاء سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استيفائه لان العبد ميت وهو لم يدخل محل العقد فكان قول الوكيل قتلت وماتت عندي لا ارادة الرجوع على الموكل وهو شاكر بالقول قوله فقوله لا يملك استيفائه سببا فاستيفائه سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وهو راجع الى ما في عاوان كان الثمن منقودا فالقول قول الآمر لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيفاء الثمن لكون الحق قابلا للاتمام في الاجبار عنه فان قبل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله بتعاقد للذلك في الخروج عن عهدة الامانة والثمن في يده ههنا بعيني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان التوكيل ليشتري عبدا بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للآمر سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فانه يملك استيفاءه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل يشتري عينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للآمر لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول قوله لانه اخبر عما يملك استيفاءه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله قال ومن قال لآخر بعني هذا العبد فلان رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان يعني لآجله فباعه منه

الوكالة الاضافة الى اي نقد كان ينبغي ان لا يفيد شيأ لان النقود قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها اضيق من

يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان الثمن منقودا خلافا فان كان الثمن منقودا فالقول للآمر لانه امين مع اجيب بان عند استيفاء ذلك اراد ايقاع التصرف وهو ان يقبض الوكيل الثمن ثم يدفعه الى الموكل مع بيعه ثم يدفع به للموكل فكان في حكم عينه الموكل على ما كان واحواز شراءه وكل به بمثل ذلك الثمن

فلما

فالقول

ابي الا ان يبيع المشتري

فلما طلبه منه فلان ابى ان يكون امسر بذلك فان لفلان ولاية اضحية لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسوال التسليم من الاجنبي قرينة فيها الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان فلان لم امر انا ثم بدا له ان يضحي لم يكن له ان يضحي لان الاقرار اذا بدا لا يسلم المشتري له العبد المشتري لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه انه ان يسلم فلانا العبد المشتري لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي على فلان عند الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشتري لشخص فسلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع كفى للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو تحقيق القياس والحسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشتري احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء الا نادرا فيتقاعد ان استثنا من قوله جاز اي جاز شراء احدهما الا نادرا يتقاعد الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشتري احدهما بخمسمائة ثم اشترى الآخر بذلك موافقة وما قل منها مخالفة الى خمسة وبالزيادة مخالفة الى شيء قليل او كثير فلا يجوز الا ان يشتري الباقي بمقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الآمر الا اذا اشتري بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشتري الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالتسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد ان اشتري احدهما باكثر من نصف الالف لم يلزما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه ينعقد بالتفاوت وهو فيما يتغابن الناس فيه لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه اومات قبله عند المأمور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاضافة واذا امره ان

او افل جاز وان اشترا ما كثر لم يلزم الآمر انه قابل الالف بهما وقسمها عليهما سواء كان كذلك يقسم عليهما بقدر قيمتهما لوقوع الامر بشرائهما كذلك وكذا لو اشترى احدهما

ليشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر فعوله كذلك وان في يد الوكيل
قتل او قبضه الامر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للامر اذا قبضه
المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه
فان عين المسلم اليه ومن ينفذ به عقد الصرف صح بالاتفاق والاصل الاختلاف وانما
خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل بهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس
لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانا او عينا الا تري انه لو نابا بعينا
عينا بدين ثم تصادقا ان الدين لا يبطل العقد ولا يتعين بالتعيين كان الاطلاق التقييد
فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر ان يدفع الوكيل كما وصار كما لو قال تصدق بما لي
عليك على المساكين ولابي حنيفة انما تتعين في الوكالات الاتري انه لو قيد الوكالة
بالعين حيث هما او بالدين حيث هما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت وتنقل الخاطئ عن
الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها
طعاما فاشتري بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير
الموكل والمسئلتان تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب
لا يفصل بين ما قبل القبض وبعده والاخري تدل على انها بالقبض تتعين وهو المنقول
في الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الي الوكيل واما قبله
التسليم اليه فلا يتعين في الوكالات ايضا لاجماع لانه ذكر في الجامع وقال محمد رحمه الله في الزيادات
رجل قال لغير اشتر بعبدي الا نفجاريذ واداه الدراهم فلم يسلمها الي الوكيل حتى سرقت الدراهم
ثم اشتري الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الي الشراء فيعتبر بقبل الشراء
والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الي الشراء واما
بعد التسليم الي الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم علي
انها لا تتعين ثم قال وفايدة النقد والتسليم علي قول العامة توقف بقاء الوكالة بقاء الدراهم
المنقودة وهذا قول من هم بالمتعين بالتعيين لان المراد به التوقت ببقائها وقطع الرجوع
علي الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقايل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت
قول ابي حنيفة بقوله بعض المشايخ فدل اعتماده في ذلك كان علي ما نقل عن محمد في الزيادات
من التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة
مخصوص به ونقل عن كل من الوجيز وقاضيخان مسئلة تدل علي ذكره وبانه مخالف لما ذكروا
في شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الي الوكيل بالشراء
بطلت الوكالة بلا انما قيد المصنف بذلك ليلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل
الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كان عينها باقية وذكر
الاستهلاك ليبان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله واذا تعينت هر تمة الدليل وتقرير

انما

الذين حملوا بعد ابي حنيفة على ما ذكره محمد والجواب ان المصنف لم يتعرض لان ذلك قول بعض المشايخ

انما تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من
غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشتري بدين على
غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشتري زيد من آخر شيئا بذلك
الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك ويكون امرا بصرف اي بدفع ما يملكه
الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الدين تقضي باشتمالها فكان ما أدي المديون
الى البايع اوالى رب الدين ولا يملكه الدايتن قبل القبض والامر يدفع ما لا يملكه
باطل وصار كما اذا قال اعط ما لي عليك من يشتت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه
الامر الا بالقبض او الى من يختار المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا عين البايع
يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البايع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم
للامر لانه يصير البايع اوالمسلم اليه وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك
من غير من عليه ولا امر بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشتري شيئا بدين على آخر
ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه مبينا واجيب بان عدم الجواز ههنا
لكونه بيعا بشرط وهو ادا الثمن على الغير وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما على الامر
بالصدقة ولم يذكر في الكتاب وقدمناه في سياق دليلها وذلك ظاهر وقوله واذا
لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين
لم يعلم بايعه غير صحيح عند الشراء علي المامور فاذا هلك عنده كان من ماله لكن اذا قبضه الامر
عنده انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله قال ومن دفع الي آخر الفا
وقال ادفع الي آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال للامر اشتريتها لنفسي
وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي الالف
لانه امين فيه وقد ادعي الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خيانة
وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي الخمسمائة فالقول للامر لان
الوكيل خالفه الي شر حيث اشتري جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي
الف فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه فالقول للامر ما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللخالفة
الي شر وان كان قيمتها الفا فمعني قوله فالقول للامر يتحالفان ويندفع به ما قيل في
شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الامر سواء
قال المامور اشتريتها بالف او بما قل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للامر وان
اشتراها بما قل كان مخالفا الي خير وذلك يلزم الامر وهذا لانهما في هذا الفصل
بمنزلة ان منزلة البايع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن
وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما ويلزم الجارية المامور وفيه مطالبة
وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر التحالف والامانة واذا لم يقبض
اعتبر فيه التحالف والمبادلة فما الحاكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة

ملك المديون

واختلفا

والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال ومن امر ان
ليشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف
في الثمن وصدق البايع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قبل لا تخالف ههنا وهو قول ابي حنيفة
الهندواني لان تصديق البايع رفع الخلاف فجعل نفسا وقيامه بمنزلة انشاء العقد والانشاء
لزم الامر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البايع ثمة غايب فاعتبر الاختلاف
لعدم ما يرفعه وقيل تحالفا فان ذكرنا فان قيل المذكور فيه فالقول قوله المامور مع
يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمدا معظم يمين التحالف هو يمين البايع
لان البايع وهو الوكيل مدع والا يمين على المدعى الا في صورة التحالف واما المشتري وهو
الموكل فمنكر وعلى المنكر يمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كان هو اعظم اليمينين
فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى قوله والبايع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله
ارتفع الخلاف بتصديق البايع بان البايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن
الموكل اذ لا عقد بينهما لم يكن كلامه معتبرا ففي الخلاف والتحالف قال المصنف وهذا قول
الامام ابي منصور وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح **فصل** لما كان شراء العبد
نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسايل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء
صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين
ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا
ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف
بيّن لما جعله الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل
او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان تقول في توكيل العبد رجلا وفي توكيل العبد
رجل قال واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه
بالف درهم ودفعها اليه فلا تخلوا اما ان يقول الرجل للولي اشتريته لنفسي او لعينه فان عينه
فباعه المولى على ذلك تحرر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق
على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان
شراء العبد نفسه قبول منه للاعتاق ببدل واما مولاه سفير حيث اضاف العقد الى
موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشتري نفسه لنفسه واما ان الولاء
للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء للعتق وان لم يعينه للمولى فتوعيد للمشتري
لان اللفظ حقيقة للعاوضة والحقيقة تجب العمل بها ما امكن وقد امكن اذ لم يعين فحافظ
اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل لبشراء شيء يضمنه وليس
للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي في خلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة
تعذرت فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والملك للمولى لانه كسب
عبده وعلى المشتري احضر ثمنا للعبد بانه اداه الى الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح

يلحق مقابله بحب الطاقة

العبد

قال

قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد
نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الثاني قال الامام قاضي خان في الجامع
الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الثاني
لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي
كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب على
الثاني لكان اعتاقا قابلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني
اذا وكل اجنبيا اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول
وقت الشراء اشتريته للموكل لوقوع الشراء للموكل لان العقد يعني الذي يقع له والذي
للموكل ثمن مبيع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة
الى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ثمة فان احدهما
اعتاق يعقب الولاء لا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضى
لا برضى الاعتاق لانه يعقب الولاء ويوجب الجناية عليه حينيذ وربما يتضرر به والاخر
معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد
من البيان ومشبه المصنف عسى بكاد فاستعمل استعماله وقوله والمطالبة على
الوكيل هو رواية كتاب الوكيل في باب الوكالة ان العبد يعتق والمال على العبد
دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق
والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع ووجهه ان توكيله بشراء العبد للعبد
كتوكيله بشراء لغيره وهناك يصير والمطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول
هو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد
الى الامر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم
البدل قال ومن قال لعبد اشتر نفسك من مولاك هذه المسئلة الثانية ومن
وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا تخلوا اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه
او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال يعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد
والعبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته
الا نفا لولاء حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث
انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من اموال المولى وكتوكيل اجنبي بشراء
نفسه الا ان ماليته معنى هو اجنبي عن ماليته الا انها بين في لو اراد المولى ان يحبسه
بعد البيع لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك يثبت حق
فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت
للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون ماليته العبد في يد امر حبي
لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان

لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهو يحضر ثمنا لم يكن للبايع احتباسها

ما لية العبد امر اعتباري ولكونها بيده لذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام فكان لا يحل في عين الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فلا تعلق عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البايع وما لبيته لا تنفك ولا تسلم اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الامر يصححها الدليل تقرير العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الامر صح فعلم امتناع تبعية العقد له بنيابة على حد تزوج بشيء وفعله وقوله وفعل تعود للامر بتقدير الى ان العقد يتم بقبول المولى بعت وهو بخلاف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل فانعقد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشتري لنفسه فانه اعتاق على مال مقدور الواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن لجيب بان المحرز ان بالعقد الذي باشره مع مولاه فان الباء ليست دعي بها نصوص صحة المباشرة وهو ان قال اضاف الي نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قبل العبد وكيل لبشراشي بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه لجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف اخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يحمل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشر وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجاز حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصور ورضى المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ فصل لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقدم الشراء لانه فهو وجه تاخير البيع قال الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابنه وجد اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل شهادته اذا كانت مطلقة

عن

عن التقييد لعموم المشية عند ابي حنيفة بمثل القيمة وما لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع فيهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلايل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان بالاكثر من القيمة وبالمثل منها في الشراء فهو جايز باتفاق الروايات غير جايز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جايز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبيه قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد لشخص دون اخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث تحل للابن وطي جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته له مشتركة ولما حل له وطيها ولا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي واما الحجر من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جايز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما في العيب وفي ذلك التقابل الذي لا يتحقق قيام مرتبا بلته بمحل واحد في حالة واحدة ولذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا ينفع بتبرعاته ولا تزوج عبيده فتنقلب حقيقة بالحجر فصار كالعبد ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالة لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ابتغاء العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهور حكم الوكيل لجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال عزله كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط يجزي عنها غيرها فكانا مما يتوهم عدم جوازهما مع هؤلاء بين ان الحكم بينهما كهو فيما سواهما كذا قبل قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي حنيفة وقالا

بخلاف وعكسه غير جايز كذلك كما ذكر في الكتاب وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الجامع وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة عندهما وعند ابي حنيفة جايز بمثل القيمة

قوله العبد اذا اضافه الى الامر صح فعله اشتراه

بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد كون محجورا عليه ومثله لا تتوجه اليه المطالبة اجيب

لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمعارف عرفا اذ
التعريفات لدفع الحاجات فينقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل بالنقود
وبهذا يتقيد التوكيل بشراء اللحم بايام البرد وبالنسيئة بسكون الياء ما جد من المالشة
بالبرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر وقبلها كل ذلك من تلك
السنة حتى لو اشتري ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش
بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي
لا يملكانه وكذا المحابضة بيع من وجه وشراء من وجه من حيث ان فيه اخراج
السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله
مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالعموم اذ سلمنا
ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة يتناول
كل ما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن الفاحش ينزل في الجواب عن شيء سلمنا
ان المطلق ينعقد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي بالعرض متعارف
عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وعند
ذلك لا يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الحكمين
بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه وتظهر مكابرته
والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة
فهي على الحلاف والبيع بالغبن والعين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع
حنث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في الثمن حمل في الوكالة
كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع
في ذلك النوع الا ترى انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل
بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على الوكيل لا على الامر واجيب بان التوكيل
بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه
فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك واما البيع بالغبن فلا
يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح
وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه للكه الاب والوصي اجاب بقوله
غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا
مامورين سلمنا ذلك لكن ليسا مامورين مطلقا بل مقيدا بشرط النظر ولا نظر فيه
ولا نسلم ان المحابضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من
كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق
المكتساب كما تقدم في اول البيوع وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه
وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه وكلاما

متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غير متوسلا بشيء الى اخراج ملكه ح

صادق

صادق على المحابضة فالبيع والشراء بطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع ما ذكر
باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري
والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فبسقوطها قيل اذا كان بيعا من كل وشراء من كل وجه
فيما ذا رجح ابو حنيفة جانب البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان التوكيل به
وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المحابضة
الا اذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة او ما قل منه يسيرا كما روي
الحسن عن ابي حنيفة وذلك لان الوكل المطلق في توكيله البيع فيتعبر ذلك
ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع ما عز ومان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز
له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالصرف كذا وكيله فليك بهذا
او تطبيقه على ما في الكتب فلاحظ بين العبارتين محمد المتصدي للتفيقه ان شاء الله
قال والوكيل بالشراء يجوز عقد الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة
والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه محققة فلعله اشتراه لنفسه
فاذا لم يوافقه او قد وجد خاسرا لحقه يبيع على امر حتى لو كال وكيلا بشراء
شيء بعينه قالوا تنعقد على الامر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه
واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير
لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا ولذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله
امراة بالف من مهر مثلها جاز عندهم لانه لا بد من الاضافة الى الوكل في العقد فلا يتمكن
فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول
لفلان فتبين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه الناس لا يدخل تحت
تقويم المقومين فيكون مقابلة ما يتغابن فيه قال فتبين بهذا ان ما ذكر هذا التحديد
فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ما له ذلك كالخبز واللحم
وغيرهما فاذا وكيل بالشراء لا يتقيد على الوكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان
هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ لا داخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم
ولا حاجة هنا للعلم به فلا يدخل فيه وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش
يساعد سوق الكلام في العروض ده نم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده
دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر وان زاد على ذلك
لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة النحرية وينقص بكثرتها
وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجار وكثرتهم ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل
وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا والدرهم
مال يحبس لاجله فقد يتسامح به في الممسكة فلم يعتبر فيها كثرة وقوعه يسيرا والغبن
من النصف فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فلما كان اقل وقوعا منه

اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه قال واذا وكله
ببيع عبده فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عندابي حنيفة
رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه ويتوضح
بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عندهما فاذا باع النصف اولى فلا يجوز
لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة
الا ان بيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الاستمال
بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل تفرق البيع الاول
تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع فلما ندلم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان
عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكرنا من
الدليل اتفاق التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة ان التهمة في الشراء متحققة على ما مر
من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر في البيع يصادف ملكه
فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشراء فانه صادف
ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التعميم والاطلاق اي اطلاق الامر وتعميمه فيعتبر
فيه الفرق والفرق بينه ان يشتري العبد جملة وقابل ان يقول هذا التعليل يقتضي
ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال لا امر بالشراء صادف
ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنا تركنا بحديث حكيم بن حزام
فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واضاح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن
الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدليل بقدر الامكان ولو
جعلناه باطلا لكان ذلك ابطالا للقياس والفرق من كل وجه والاعمال اولى
قال ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبد فباعه وقبض الثمن
اولم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء وبغير قضاء فان
كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب حادث بعد مثله اولم يكن فان لم يكن فاما
ان يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع اولم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينه
او نكول او اقرار لان القاضي بنفس حدوث العيب في يد البائع وعاين البيع يعلم التاريخ
والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها للقضاء لانه انما لم يعاين البيع
قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهور ونكولا يكون العيب ظاهرا كالعور في الفرج
والمرض الذي فيحتاج الى النساء والاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء
والطبيب يحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل لا يحتاج
الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة
على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب بحيث مثله فان رد ببينة او باقراره
فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة تتعدى والوكيل في النكول مضطر لعد

العيب عن عمله باعتبار عدم مماسة سند البيع فلزم الامر وان رده باقراره لزمه
الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار
حتى يعرض عليه اليمين وينقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او نكول
الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة
من حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه ومن فائدة الخاجة
الى القضاء الاقرار فيستطاما قال في النهاية اذا اقر الموكل بالعيب لا حاجة حينئذ
الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث
مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقراره لزم الوكيل وليس له ان يخاصم امر ولا
عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكانه
باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع
اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية
بيوع الاصل لان الرد معتبر وذلك لانهما تقايلا غير ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه
فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة
عن ذلك وكان ذلك رد اعلى الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الامر وليس
للامر ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع
لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر
صورة الرد بالبينة والنكول لعدم مزاياها اي عدم القضاء قال ومن قال لآخر
امرتك ببيع عبدي بنقد فاختلف الامر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده
فقال الامر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل امرتني ببيعه
ولم يقل شيئا فالقول للامر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد
الامر من جهته عليه ما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه
وليس ذلك موجودا لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد
فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك ببيع مالي
في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على حذف دعواه من الاطلاق والاختلاف
المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز
وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم يقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر
وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في
المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف مع ذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة للاطلاق
قابلة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث
يكون القول لرب المال لانه يسقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة الخصة
وفيها القول للامر كما مر انفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي جهة كانت

متعارف عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف بها كالبيع الى اجل سنة عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما سنة باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في
مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند خلافهما وتم
اسر جلا يبيع عبد فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يد الوكيل او اخذ به كفيلا قتوى
المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في
الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل
والاصيل مفلسا وقيل التوى بها هو ان ياخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يراه يبراة
الكفيل فحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وان لم يكن عليه ضمان لان الوكيل بصل
في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توفي بها والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء
ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن وكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض
الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا ابرأه
عن القبض صح بخلاف ما قد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل
بالبيع بقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل عزله عن القبض فصل
وجه تاخر وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين فان
كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل
واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد
بما في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر سواء كان ممن يلزمه الكمال
او احدهما صبيا وعبدا محجورا ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع
والخلع وغير ذلك واذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما
لا برأي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للاخر ان يتصرف قوله
والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى
عن الرأي بعد فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان
مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزداد
ويختار من هو احسن اداء للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله
فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكله به دون الاخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف
بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان نكولها فيه ليس بشرط
لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي
يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم
دون صاحبه لان الخصومة تحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه
ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين تحصل برفع تفرغ الخصومة سابقا عليها بمثله
بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف

على

على المتنثي فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما والاخر
الاخر ان يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد ولذا اذا وكله برد الوديعة او بقضاء
دين عليه لان هذه الاشياء لا تحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى
والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن
لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه غرض لان حفظ الاثنين انفع فاذا
قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن اذ لان لانه مامور بقبض النصف اذا
كان مع صاحبه واما منفردا فغير مامور بقبض شيء منه قوله وهذا اي جواز انفراد
احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقا ها ان شئتما او امرها بيدكما لانه تفويض الى
رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا
فلا يقدر احدهما على التصرف في ذلك الا خر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة
واجيب بان قيد انتطال حق الاخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لحاجة الى
ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله ولانه متعلق بفعله اي بفعل الوكيل
فان الطلاق فيه معلق بفعلها وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولها
الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله املكتها ايضا
معلق بفعلها ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك
بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وقوله ان شئتما فان قيل فاجعله
مثل قوله امرها بيدكما سنوضحه الى رأيهما اجيب بانه ليس محتاج الى الرأي بخلاف الامر
باليد قال ولا يملك ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به
لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه
والناس متفاوتة في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك يقين والا
لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول او توهمه في
رأي الاول لما وكله فرضيه مع الرضى برأيه مما لا يحتمل ويمكن ان يجاب عنه
بان العبرة للتوهم في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختار للتوكيل من
يعين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من
حاله ان ظن ان لا ثقة من يوثقه في هذا التصرف فقبوله توكيله حينئذ متناقض لظنه
فلا يجوز قوله الا ان يأذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن
له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره او الحق التفويض الى رأيه
وذلك بدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه وانما
جاز في هذا الوجه بكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل
بموته وبنعزل ان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث يقول وليس
للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكره فان كل

وايضا الرضا برد الوكيل وردته توكيله ان فوض ان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا صح

شبكة الألوكة www.alukah.net

الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي
وقد حصل بتمثيل اصر الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل
لابد من الاجازة صريحا او دلالة في الصحيح فالفرق بينهما واجب بان صاحب الدخيرة قال
قال محمد قبل في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط
الاجازة اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع
آخر فيها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غايب فاجازة
الوكيل جاز حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا
في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان تحمل المطلق
على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن
به صار كالعدم وصار الوكيل الثاني فضوليا وعقد يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل
في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز يبدو نهما ما ذكرو وجه الجواز ان المقصود
حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا
الخلاف الوكيل البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر او غايب
فاجاز الوكيل وليس ذلك فتيا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله
فاجاز متعلقا بقوله او غايب فقط واما في تعليلهم فانه معارض بان المقصود هو الرأي
وقد حضر كما ذكرنا وتوجيهه لزومه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه
مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط
لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق
بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضى بالحالة
واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده
بالتصرف بغير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم قوله
وتكلموا في صورته يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز العقد على من يكون الاذن لمحمد
في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي
بلزوم العقد عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من
الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الاول انعزل الوكيل الثاني
بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لتوان رآه
الا ان يبلغه فيجيز كالو باع الوكيل فبلغه فاجاز لحضور رأيه ولو قد الوكيل
الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهر وقد
حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة
لا يجوز لان الاول لو باشر بما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكابه وهذا بذلك المقدار
قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقد الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار

قال ه

الوكيل ه

لانه

انه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار
المشتري ولما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم
الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح ٥
والعادة جرت في الوكالات الى بوكل الا هذا في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في
الوكيل بتقدير عن صالح الزيادة النح وقد حصل ذلك لكن بتقدير الوكيل الاول
فبعد ذلك لا يبالي بنهاية الاخر عنه في مجرد العبارة قال — واذا زوج المكاتب
او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي
صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها بما يتغابن في مالها في البيع والشرا
لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه
اشترى لها من مال نفسه وذلك جايز بالاجماع لان التصرف المذكور من باب
الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح
نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من
غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم بقوله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المومنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية
وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر
يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قاله ابو يوسف ومحمد المرتد اذا مات
على ردته والحربي كذلك لان الحربي بعد من الذي وان كان مستامنا لان الذمي
صار مستامنا دارا وان لم يصر مستامنا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي
فاذا سبيت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا
عندهما لكنه موقوف على ولد ومآل ولد بالاجماع اذا اسلم جاز والا فلا لانها ولاية
نظرية وذلك اي الولاية النظرية بتاويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك
باتفاق الملة والملة متردده للكفر فاعتمد ومنه في الحال لكنها مرجوا لوجود لانه محجور
عليه فيجب التوقف فان قبل استمرت جهة الانقطاع فيبطل بعقوده وانا سلم
حمل كلامه لم يزل مسلما فصحت ولما كان ابو يوسف ومحمد تركا اصلهما في نفوذ
تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كان المسئلة
بالاتفاق ما ب — الوكالة بالخصومة ر
اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشرا لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب
استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب تكون لمطالبة المبيع او الثمن ٥
او كلها محجور شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمحجور قال — الوكالة بالخصومة
وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر
وهو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل

على ما مر من قوله وكان التقدير
لا يتضح استقلال الرأي بالزيادة
واختيار المشتري ه

في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او عزله والعمل والاملاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ودلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل عين بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وقفت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وتغيير هذا التوكيل التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وصار كما لو قال تقاضيته ديني ومديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قال ولا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه اذا مرض احدهما او غاب او اشتغل في مجلس القضاء وهو مذهب لهما بخلاف ابي حنيفة رح والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينته على استيفاء الموكل وابرائه يقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها وكان الوكيل بالقبض مؤتمنا على المال وليس كل من هو مؤتمن على المال يصير خصما كالمودع والمضارب ولابي حنيفة انه وكله بالقبض لان الدين تقتضي بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه فلا يمتنع قضاء دين لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فاذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذا التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم بينا صحة ان التوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل في الخصم بمنزلة الموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والتفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء اذا خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكيل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل

وكيل بالخصومة

قبض

قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شرح الجامع الصغير وهذا اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل بالشراء هل يكون خصما قبل القبض كما يكون هناك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يترتب به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل بالتمليك اصيل في الحقوق قال ـــ والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مطالبة قبله لكونه بقبض عين الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لاعلى خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر لان الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قبضين فيقصر هذا ولذلك اذا اراد الوكيل ينقل المراة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت البينة على ان زوجها ملكها والعبد والامة على العتاق او من هما بيده على الاعتاق من الموكل فانها لا تقبل قيامها لانها على خصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتاق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يد وليس من ضرورة قصر يد القضاء بالعتق على الغائب فقلنا ها في القصر دون غيره قال ـــ واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر ببراءته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد الا اذا اقر عند غير القاضي حرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابو يوسف او لا يجوز في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء ليس بشيء ولا ضمن ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كالوكيل بالبيع اذا استثنى الاقرار وكالوكيل بالبيع الصلح والابراء يصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كالوا استثنى الانكار وكالوكيل

يكون وكيلا اذا اقام البينة على اقرار الخصم او نكوله عن اليمين

شبكة الألوكة www.alukah.net

بالبيع على ان لا يقبض الثمن ويسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لم صح
الاستثنا قوله وكذا الوكيل بالجواب مطلقا سيجيء جواب هو خصومة قال
في النهاية هي مسئلة مبتدأة خلا بيده ايورد هاعلى وجه الاستثنا ويعني بالوكيل
بالجواب مطلقا هو ايضا على هذا الخلاف لذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان
ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان
التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل
المسلم بيع الخمر فنذكر ما تقدم فيه وذلك ان ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون
احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه
الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فينصرف الى المطلق مجازا على ما سيأتي تحريرا
للصحة قطعا قوله ولو استثنى الاقرار جواب عن متشهد ذفوه وجهه لا نسلم
صحة الاستثنا بل لا يصح على قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثنا لان ملكه مستلزم
بقا الانكار عينا وقد يحل له ذلك كما مر انفا دليل سلمنا صحته كما قال لكن محل
انما يصح لتخصيص محل الاستثنا والتخصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك
ما قلنا انه لا يحل له الانكار وجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نفض على استثنا الاقرار
دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل محمل الامر المسلم على الصلاح فتيقن الانكار وعنده
الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكيل
الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكنه مجبور عليه قال في النهاية
اي على الاقرار لان المدعي ثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار
بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه
اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثنا الاقرار
فايدته ولقايل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر
المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثنا مفيدا والجواب
ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا
بهذه الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان
استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صور الصلح والابراء واجب
بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح
او الابراء لم يوجد بجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح او الابراء لتضلع يكون
اشد من افضائها الى الاقرار وهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح تقابلان
فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق
الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى
خلاف ما وضع للجواب ولذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب

لا حقيقة

لا حقيقة ولا مجازا قوله بعد ذلك شروع في بيان ما خذ الاختلاف الواقع
بين العلما الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد
ما ثبت جوازا قرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابي يوسف في التسوية
بين مجلس القضا وغيره التوكيل قايم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي
كذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة تناول جوابا يسمى خصومة
حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عما يتناول
بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهي الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا
من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القاضي فلا اقرار خصومة مجازا في غير
كذا لا يتناوله الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة
وكان مجوز القضا وهو مجوز لقوي لما قررنا في التعرير انه لا مصلح مجوز اشرعيا
لان الخصومة سبب الاقرار وكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظرا الاتصال
الصوري في اللغوي كما عرف ولما اختصاصه بمجلس القضا فلان الظاهر اتيانه
بالمستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضا مختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه
بالمستحق بدل لان الظاهر كان اولى وفي بادية للمقصود قوله لكن استدراك من
قوله فيختص به وبنبه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس
بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت
انه اقر عند غير القاضي خرج عن الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مبطلا فصار
كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانه اذا ادعى شيا للصغير فانكر المدعى
عليه وصدقه الاب او الوصي ثم ادعى المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما
خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه
فكذا ههنا قال ومن وكل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب
المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا الا بعد براة الكفيل وكذا قبلها اما بعد
البراة فانها لما لم تصح حال التوكيل لما يذكر لم تنقلب صحيحة ممن كفل فغاب فاحاز فها
بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتدا لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراة
فان التوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه
في براة ذمته كالمحال اذا وكل المحيل ببعض الدين من المحال عليه فانه لا يصير
وكيلا لما قلنا وتوقف بتوكيل المديون ببراة نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح
وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكر في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستندا
الى ما ذكر شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب ببراة نفسه
على خلاف ما ذكر في الجامع سلناه لكن لم يرد تليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا
في التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات

في مجلس القضا فاما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة ولا مجازا اذ الاقرار وهو ظاهر ولا مجازا صح خصومة مجازا

الا ترى قوله

الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف
لنفسه الفاعل فان قيل فلم تنفسخ الوكالة لطريان فعاليها كما لو تاخرت الوكالة عنها
فانها تنفسخ قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين الحاضر المال
للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة والجواب ان الفاسخ يجب ان يكون اقوى من
المفسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يمكن الكفيل من
عزل نفسه دون الوكالة فلا يكون ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز
عكسه قوله ولان قبول قوله دليل آخر وتقرير انا لوكالة تستلزم قبول
قوله لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبوله قوله لكونه مخبرا
نفسه وانتفا اللازم يستلزم انتفا الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وانما
كان كذلك فهو معدوم وظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون
اعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته وبطالب الغرماء بجميع الدين فلو وكله الطالب
بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من جهل لقبض وههنا
لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لا يجري به فيقبضه ٥
فيكون التوكيل باطلا قال ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه ومن ادعى
انه وكيل فلان الغايب في قبض دينه صدقه الغريم اذا سلم الدين اليه لانه
اقر على نفسه بشيء اسر تسليمه الى المقر له فان حضر الغايب وصدقه فيها
والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفا لان القول في ذلك
قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي براءة ذمته وهو مشغول الدين بادايه
الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفا
فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان
باقيا في يده لان عرضه من الدفع ابراء ذمته ولم يحصل له فله ان ينقض وان ضاع
في يده لم يرجع عليه لانه تصديقه اعترف انه لوكيل محق في القبض والحق في النفع
لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني ٥
والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في
يده باقية ايضا والجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع
بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يكن نقضه فلم يرجع عليه
قوله الا ان يكون استثنا من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع
عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية الشيخ ابي بكر قال له ضمن لي ما دفعت
اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني فالا ارجع عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل

للمديون

المديون وقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته منك
على رواية التحقيق فانه يرجع على الوكيل جميعا لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب
الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانيا فكانه قال
انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب
وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اي يذوب في كون كل واحد
منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم
لم يصدقه على الوكالة يمضي ولم يكن له ايضا لان فرع التكذيب سبا في عقيب
هذا ودفعه اليه على ادعايه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل
لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجا الاجازة فاذا انقطع رجاؤه
رجع اليه ولهذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع
في صورة التكذيب اظهر منه في الصور بين الاولين وهو التصديق مع التعيين
والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب للمغصوب منه
فيرجع حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء
الاجازة فاذا لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرفا لغرض
ليس له ان ينقضه ما لم يفت الياس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض
ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة
هل يستحلف اولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة ويحلف على قولهما لانه
ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكنه على السلم لانه على فعل الغير
وله ان الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة وما لم يثبت بانه من الامر لم يصح دعواه
فلا يستحلف ولهذا لم يذكر انا اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف
عندهما خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عندهم يملك الخصومة وقد تثبت الوكالة
في حقه باقرار من قال الى وكيل بقبض لوديعه تصدق المودع لم يؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بمال الغير تحق القبض فانه اقر ببقا الوديعة على ملك المودع ٥
والا قرار بمال الغير تحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان المديون تقضي
بما منا لها وكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فاذا دفعها اليه
فحضر الغايب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فله ان يرجع ولا
يحول على الوجوب المذكور ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه اولا
او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية لحذها
لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغايب فغير جايز لما مر ولو ادعى
انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر
بالدفع اليه لانه لا يبقى له ان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروي

لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهر به وفي
الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه
مع التصديق فيما عدا غير الضمان ودفعه مع التكذيب
بالتصديق مع الضمان ودفعه مع التكذيب
غير مصدقين وانكذيب وحده فيما عدا الضمان
ليس للغريم ان يسترد الدفع متى يحضر الغايب اما ظاهرا
لان المؤدى صار حقا للغايب وهو غير خصم فيما
وهو في حالة التصديق او مخلا فلان الوكيل
التكذيب وقيل ظاهرا ان كان واسقا استرد
العوالة او محتملا ان كان مفلسا او مماطلا
الحال فضاء ركحا اذا دفعه الى الفضولي على
رجا الاجازة صح

صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمة فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مالك الوديعة مال المودع بعد مونة منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غير من الشارحين وراى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل وكلمة بخوز ان تكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حالة المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى والظاهر في اعراب الوضع على انه فاعل لا يبقى مضمر لان المودع ما دام حيا كان اقرارا لمودع لملك الغير لكونه من اهل التمليكات فلا يصدق ان في دعوى البيع عليه والقبول ان يقول قد تقدم هنا ان المسلمين في افضل القضا بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وهاهنا باعتبار الدعوى وهذا اصدرهما هكذا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن اقر مع هذا فلا تختلوا عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة قال فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل عليه الرجل فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه ينظر له ادفع المال تقر بقبض رب المال فاستخلفه قال المصنف لان الوكالة قد تثبت بالبينة كما ان وضع المسئلة كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يوخر الحق الى تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستخلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى الاداء ان نكل يتبع القابض فليسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله يحلفه على العلم فان نكل خرج الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف ما لو ارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاضافة الى فعل نفسه وان وكله بعيب في جارية اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البايع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكول الموكل واما ها هنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند ابي حنيفة لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطا بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشتري عند بعد ذلك لانه لا مقتضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا رد كان على البايع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال للبايع لا سبيل لك عليها لان القاضي بفعل البيع فانه لا يلتفت

الى قول

قول البايع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد فما على قول ابي حنيفة فلا سبيل للامر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن لا نسلم ان ههنا ما يوجبه دليلا واما قولهم ان التحليف المستفاد للرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه تبينا عدمها في الاخر على وجود الرضى من المشتري وبرفع مثله لا ينفذ القضاء باطنا كالقضي باجتهاد في حادثة ونص بخلافه وقالوا هذا اصح فما عندهما فقد قالوا يجب ان يتخرج الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا توخر الى تحليف المشتري لان عدم التاخير الى التحليف رب الدين انما كان للكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا ودين مطل موجود في صون الجارية لان قضا القاضي برفع مثل ذلك نافذ ظاهرا وباطنا فاذا ظهر خطا القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يوضر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يوخر في الفصلين لانه معتبر النظر للبايع حتى يحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر له اذا كان غائبا قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله بمقابلة العشرة الذي اخذ من مال الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا وكل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمته وهذا الى ما نحن بيده من التوكيل بالانفاق كذلك لان التوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معهم في تلك الحاجة فيحتاج ان يودي عنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تحريز للاستدانة وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا بما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق غير ما امر به فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الف ويوكله بقضا دينه منها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضا عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المامور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضا الدين ليس بشراء فلا يكون الامر به امرا بشيء بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلنا متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت للوجوع

شبكة الألوكة www.alukah.net

على الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا بابـ
عزل الوكيل وجه تاخير العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان
كان الطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف
على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن يطلب من جهة الطالب
او ممن يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا فان لم يعلم
فكذلك لانه لا انفاذ للوكالة قبل علم الوكيل وكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكر المصنف
وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل يثبت له حق احضار في مجلس
الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب بمستغنى
وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه اذا كان لا يملكه الخصومة مع الوكيل يملكه مع الموكل
ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله ملوح اليه لانفاد
لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه قوله فصار اي صار التوكيل
من جهة المطلوب اذا كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
بان وضع الرهن في يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع
ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن
وبالعزل يبطل هذا الحق فان قبل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان
بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه اذا كان بحضرة
الطالب رضي به اولا ولو كانا متشاجرين لما دفنت بينهما هذه التفرقة اجيب
بان مدار جواز عزل الوكيل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق
بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان
جايزا واما بمسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ
لا يملك ان يطالب الراهن بالبيع قال — فان لم يبلغه العزل حتى عزل وكالته اذا
عزل الوكيل ولم يبلغه عزله حتى عزل وكالته وتصرف جايز حتى يعلم لان في عزله
اضرارا به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على
ادعاء انه وكيله وولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه ليبطل ان ولايته
وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينعقد من
حال الموكل ان كان وكيلا بالشراء وبيع المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا
كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره يتبين
في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر في فصل القضا بالمواريث
في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قال — وتبطل الوكالة بموت الموكل قد
تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى
احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه

صح

جنونا

جنونا مطبقا والحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم
عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما
ينفرد في فسخها فان للموكل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللوكيل ان يمنع الوكيل عنها
وكل تصرف غير لازم لزم له وامه حكم ابتدايه لان المتصرف له سبيل من نقضه في كل
لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة وبقي فكان كل جزء منه بمنزلة
ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه
العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كلهم بعقد منهم ابتداء ونقض بالبيع بالخيار
فانه غير لازم وبتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللازم وعدمه لعارض
الخيار وقد زال بموت العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا نسلم بطلان ولا تبطل
صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر بيعها بيده لان التوكيل
في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون له وامه حكم ابتدايه فلا يلزم
بقا الامر وكلام المصنف عن بيان التعميم ساكت وهو مما لا بد منه والمجنون
المطبق بكسر الباء هو الدايم وشرط الاطباق في المجنون لان قليله بمنزلة العدم
فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروي ذلك ابو بكر الرازي
عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه الزمن يوم وليلة لانه
تسقط به الصلوات الخمس فصار كالمبتدا وهو رواية عن محمد وقال محمد اخر الحول
كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشايخ الحكم المذكور
في الالحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من
جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت او قتل بدار الحرب بطلت فاما عندهما
فتصرفاته جايزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه
حتى يستقر امر الالحاق وقد مر في السير ان كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا
في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل وكيل حتى يموت
او يلحق بدار الحرب لان ردتها لا توثر في عقودها لانها لا تقتل ما لم تتوكيل
بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد
وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد
فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعدما العزل لا يكون وكيلا الا بالتجديد قال —
واذا وكل المكاتب ثم عجز واذا وكل المكاتب ثم عجزا والعبد المأذون له ثم حجر
عليه وكان التوكيل بالبيع او الشرا بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم
واذا وكل احد الشريكين شريكه بشي فما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا
ان ابتدا الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والحجر لان العبد مطالب
بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده

شبكة الألوكة www.alukah.net

فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتدا بعد الحجر بعدا بعقد العقد
بما باشرته ولذا اذا وكل احد المتعاوضين وكيلا بشيء وهو وليه ثم افترقا وقسما
واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك
عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة لتوكيلهما فصار وكيلا من
جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول
هذا ما يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين
اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرة وجهة كونه شريكا فان
بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال
المفاوضة وتوكيل احدهما بقي لتوكيلهما يبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله
جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فبطل في حقهما جميعا فاذا وكل
احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا
لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو
الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن
التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وبيه ما فيه وقد اول بعضهم الشارحين
كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في
ضمن عقد الشركة فانها اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كانت
في ضمنها هذا على تقدير صحتها تختص بمسئلة الشركة لا يجري على انه مخالف لعبارة
الكتاب قال — واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما قوع من العوارض
المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل واذا مات الوكيل
او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه وكلامه
مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا
واما عزله بدليل ما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتدا وان لحق بدار الحرب
مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قاله المصنف هذا عند
محمد واما عند ابي يوسف فلا يعود الوكالة وان عاد مسلما لحدوث التوكيل
الطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء
لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية وولاية وليس لزيد
فانه يتصرف بعد ان كان قاصرا بدو هي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة
الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض واما
عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز
والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة وتخصيصه معروف ولابي
يوسف ان اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك وولاية التنفيذ

فان

بالملك اي بملك ولاية التنفيذ

واذا بطل الملك بطل

فان الوكيل انما ملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ خلص
بالملك لان التمليك بالملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة
وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل
الولاية بطل التوكيل ليلا تختلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه
في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا
قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا
بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه يفيد التعلق بما استدل
به عليه وهو قوله اثباتا لولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له
ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعد
والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعد ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل
فكانت ثابتة به ولو كان الوكيل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود
الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل ان الموكل اذا عاد
مسلما عاد عليه ماله على قدم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود
الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبد ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء
القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق
الموكل على الملك وقدرته الى برديته والقضاء بلحاقه دبي حق الوكيل على معنى قائم به ولم
يزل باللحاق وابو يوسف سمى في عدم العود بين الفصلين ولعل مراده هذين المسئلة
عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان اشبه لكن لما ذكرا العود ههنا
جوز ذكرها في هذه المواضع قال — ومن وكل احر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما
وكل به ومن وكل احر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه
بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه
بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابا نهما لم يكن
للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه
بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه الامور لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها
بنفسه ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه
واحدة او تطليقتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل
فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكله
بالخلع خلافا لهما قوله لانها لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت
الوكالة تعلق بجميع ما ذكر ومعناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه
بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء على ابي يوسف انه ليس للوكيل ان
يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل او قيد بقوله بنفسه

بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يتزوجها هو لانه وكله لبقاء الحاجة

بطلت ولم يكن للامور ان يطلقها وانما قيد بقوله تطليقا واحدة وانقضت عدتها

شبكة الألوكة www.alukah.net

قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضا فليس للوكيل ان يبيعه
مرة اخرى اجماعا لانه كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غير هما
فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتدا وقال محمد ان يبيعه من اخر
لان الوكالة باقية لانه لطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال
بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان
الموكل يختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضا فبغير
اختيار فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قد تم ملكه كان له ان يبيعه

باب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر
الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قوله يقصد به الانسان
ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له
الخلاص عند ثبوته وسببه تعلق البقا المقدر بتعاطي المعاملات ان المدعي
اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعي
وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غايب لم تسمع وكذا ان كان المدعي مجهولا
لعدم امكان القضا وان ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لانه
غير له في الحال وحكم الصحيحة منه وجوب الجواب على الخصم بالنفي او الاثبات
وشرعيته ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالتفاوت للفساد والمطلوب
بيقينها يدل دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثيرة قال المدعي من
لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة الدعوى ه
لا تحصل الا من مدع ومدعى عليه لمعرفة الفرق بينهما من اهم ما ينبغي عليه مسايل
الدعوى فان النبي عليه السلام قال البينة على المدعي واليمين على من انكر فلابد
من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني ه
القدوري المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة
وهو صحيح عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او لاقرار الخارج
والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بما مر اي ه
جامع لقد مرتنا وله صورة الوديع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعي
عليه من يدفع استحقاق عين وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعي عليه
من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا يزيل به ظاهرا
والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وقرار الشي على حسه والظاهر كون الاملاك في
يد الملاك وبراة الذمم والمدعي قوس يتوجه ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد
قرار على ما كان ولعله منقوض بالمودع وانه مدعى عليه وليس بتمسك بالظاهر
اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا

اذا

بلغ مقابلة بحسب الطاقة

اذا ادعى المديون براة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو منكر الوكالة
فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براة ذمته بعد الشغل فكانت عارضة
والشغل اصلا وتجوز ان يورد بالعكس بان يدع ويتمسك بالظاهر وهو
عدم الضمان وقال محمد في الاصل المدعى عليه لكن الشان في معرفة من ينكر
والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة
فالترجيح لاحدهما على الاخرى بكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان
المودع اذا قال رددت الوديعة فهو مدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت
والقول قوله مع يمينه ايضا وكان مدعا عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة
واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه قال
ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية
المدعى شرط لصحة الدعوى فلابد من ذكر ما يبينه من بيان جنسه كالدراهم
والدنانير والحنطة وغيرها ذلك وقدره مثل ذلك كذا ذكرها ديناريا وكرا
لان فايدة الدعوى الالزام بالحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان
المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحاكم للاشارة اليها في الدعوى
والشهادة والاستحلاف لان الاعلام بما يقضي به يكون شرطا بقيا للحالة وذلك
في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف فكان بمنزلة
وضع اليد عليه بخلاف ما ذكرنا من اوصافه فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر
مجلس الحكم وقال لي عند فلان كذا درهما مثلا اشخص اليه الان الصحابة
رضي الله عنهم اجمعين عملوا كذلك فيجب على المطلوب حضور في مجلس الحكم
على هذا القضاة من اولهم الى اخرهم اي اجمعوا والاصل فيها قوله تعالى واذا دعوا
الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون
سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار والانكار
ليفيد حضوره ولزم عليه احضار الشيء لما قلنا من الاشارة اليه ولزم عليه اليمين
اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة على ما سنذكر اي وجوب اليمين عليه في اصح
هذا الباب قال وان لم يكن حاضرا لزمه ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر
الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان بلغ فيه لامكان المشاركة
فيه كما مر ذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شي يعرف به العين فذكرها يكون مفيدا
وقوله وقد تقدم رمز الى هذه العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف
يعني والحال ان المشاهدة قد مرت واغلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه ابو الليث
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضا بقيمة المستهلك بناء
على القضا بملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قايم في العين المستهلكة

هو انكر وهذا صحيح لما ورد من قولهم اليمين على من انكر وردوا اليمين على المدعي عليه

يعني اذا ادعى الدعوى في عين غايبة لا يدري بكاتها لزم المدعي ذكر قيمتها

عند فانه صح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم تكن عين المستهلك ملكا
له تجارت لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في
الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك
في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بما يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة
ومن المشايخ من يأبى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة
الى ذكر الذكورة والانوثة قال — واذا ادعى عقارا اذا كان المدعي عقارا فلا بد
من ثلاثة اشياء تحديد وذكر المدعي انه في يد المدعي عليه وانه يطالبه به اما الاول
فللاعلام بما يقضي بايكون فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه
ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير اليه ذلك
للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا مثل ابي
حنيفة وابن ابي ليلى فانه يستغني عن ذكرها ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به
عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا
خلافا لزفر بوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكتفى بخلاف ما اذا غلط
في الحد الرابع وانت في الكتاب باعتبار الجهد لانه تختلف به اي بالغلط في الحد المدعى
فلا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو
غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه جازعند اخر بالغلط وهذا الجواب يبطل قياس
زفر الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة واما الثاني
فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعي في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي
وتصديق المدعي عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد وا انهم عاينوا
انه في يده نفيا للتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرها وهما تواضعا على
ان يصدق المدعي عليه المدعي بان العقار في يد المدعي عليه ليحكم القاضي باليد
للمدعي عليه حتى يتصرف فيه الذي عليه فكان القضاء قضاء بالتصرف في المال غير
وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهور من هو في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه
مشاهدة واما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح
لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة
فيه مصدر بمعنى المفعول وكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان
يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات
وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول
وهو في يد غير حق لان العين في يدي ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان
المدعي حقا في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه به لما قلنا وفي قوله لان المطالبة حقه فلا
بد من طلبه وهذا لان صاحب الدين قد حضر ولم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه

بالوصف

بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما
جيدا او رديا او وسطا فاذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد
واحد فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد في كل جنس الاعلام بما يقضي ما يتمكن به التعريف
قال — واذا صحت الدعوى اذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى
عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه
بالحجة او بصير ما هو معرض عنه اي بصير حجة. وذلك لانه اما ان يعترف بالادعاء
او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمر بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة
بنفسه لا سوقف على قضاء القاضي لكن لولاية الانسان على نفسه كان الحكم من
القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان
كان الثاني فالحكم فيه ان يحمل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي
لفرصة ان تصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب
فيها فانه لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف بما امر
بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي
فقال لك بينة سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها
فضر بها لانتفاء التهمة عنها لدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها
وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما رويناه ويريد به قوله عليه السلام فلك يمينه ولا بد
من طلبه لان الاستحلاف لا ان اليمين حقه الا ترى انه يضيفه اليه بحرف اللام في قوله
فلك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حقا للمدعي لانه يزعم ان خصمه ابتدي حقه بالثمان
فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين المعوجة مهدكة لخصمه
فيكون اتوا بمقابلة اتوا وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم
فالمدعي عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا ثم انما وجبت اليمين على فقد البينة لا على
العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان بينة اقامة
الظن بالاخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه
بما يطالبه القاضي بذلك الا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قضينا
اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذا اقامت البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز
اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وبعده نظر قال باب
اليمين لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب
اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين قال — واذا قال
المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه استحلف
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله
صلى الله عليه وسلم لك يمينه واذا طالبه فقد حبسه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في

باب

حق

بحق

لا تتم الدعوى الا بذكر هذه الاشياء الثلاثة ولا تقبل البينة الا بعد ذكر هذه الاشياء الثلاثة في الدعوى وكذا في الشهادة على العقار لا تقبل الا بعد ذكر هذه الاشياء الثلاثة

في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر فاذا ذكر اليمين بعد عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه
بدونه كما اذا اقام البينة حاضرة في مجلس الحكم وتجدم ابي يوسف فيما ذكر
الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكر الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي لانه عليه
السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة
تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه قوله وجعل جنس
الايمان على المنكرين في قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وليس
وراء الجنس شيء يستدل له اخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتي قال
ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق
لانه مدعى عليه وليس على البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد
بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما
اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة
ذي اليد بالاجماع فان قيل اما انتقض مقتضى التهمة حيث قبلت بينة ذي اليد
وهو مدعي عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ادعى من الزيادة من النتاج والتقدم
وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج
اليمين لكونه اذا ذاك مدعى عليه قلنا لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة
وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج
اولى لعدم زيادة تصيرها مدعيا والد مدعيا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد
لانها اعتضدت باليد والعتضد اقوى ضاركما اذا اقاما على نتاج دابة وهي في يد
احدهما واقاما هما على نكاح لاحدهما فانه يقضي لذي اليد وصار كدعوى الملك
مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه
واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج
على العتق وكذا في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا بيني
في علم القاضي واظهر ايضا في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان
قد رما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينة ذي اليد
تفيد الملك ولا يلزم من تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت
باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا
للمدعي عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل موكدة للملك ثابت
والتأسيس اولى من التأكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت
البينة مثبتة لا موكدة فكانت اكثر من البينتين للاثبات فترجح احداهما باليد
فان قيل كان الواجب ان تكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها اثبتت اليد

والنتاج

والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب
الولاية الملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضي له قوله
وكذا على الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت
بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى الولاء الثابت بها
اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واختيه
تدلان على الولاء اذا العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما تساويا في ذلك وترجح
صاحب اليد بحكم يد قال واذا نكل المدعي عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول
والزمه ما ادعاه عليه تحتمل التورع عن اليمين واذا نكل المدعي عليه عن اليمين
قضى الحاكم عليه بالنكول الكاذبة والترفع عن الصادقة وتحتمل اشتباه الحال
وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه
ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة
او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لا لتزم على اليمين اقامة للواجب
لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب
ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب الى جانب كونه باذلا ان يزعم او مقرا
ان نورع لان الترفع والتورع اذا جعل اذا لم يفض الى الضرب بالغير واعترض
بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء
بالنكول خالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم
يذكر النكول واليمين للمدعي فيعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا يد اثاني اللعان
بالايمان من جانب الزوج لشهادة القاهر فان الانسان لا يكون فراشه كاذبا
وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول
لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي
اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول
المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد
اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله
عنه فقال له علي رضي الله عنه قاتلون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت
الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات موكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون
النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي ليستكشف الحال
لا رد اليمين فانه رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا ترد اليمين على المدعي قال
وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين

وقال الشافعي لا يقضي بنكول بل يرد اليمين على المدعي فان قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان فكول المدعى عليه صح

عليه في الابتداء لكون لفظ شاهد له فكذا بعد صار لفظ شاهد للمدعي صح

ل

ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بالدعاء لان النكول لا علامه بالحكم اذ هو
موضع الخفا لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول
وهذا اولى من قوله لكونه مجتهدا فيه فان الشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم القرض
ثلاث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضا بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به
بعد مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء
منهما ولكنه ذكر لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كما لو ارتد
ثلاثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان التفريق وقوله هو الصحيح
احترازا عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار
فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا
عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل
يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول ثالثا فانه نكل قضى عليه بدعوى
المدعي فان — واذا كان الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها
وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء الطلاق والقضاء العدة
او بعد انقضاء العدة انها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول
انه ولد او والد او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا
من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت
الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر
الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكر فانه لا يستحلف في هذه كلها
عند ابي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول
اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب
باجراء اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وانقاذ ماله على
ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث والاقرار يجري في هذه
الاشياء فعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة
فيما يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان لتمكن الحد فلا يجري فيه
ايضا وعليه نقوض اجالية الاولى لما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد شهر
اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البايع وحلف
عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان
النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بدلوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثانية

الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان
اقرار لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط لان الرجل اذا قال تكفلت لك
بما يترتب به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر وتكل عن اليمين فقضي
عليه بالنكول لا يقضي به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان
النكول اما اقرار وبذل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بذلا ان المدعي
يتحق بدعواه جوابا بفصل الخصومة ولذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد
انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بذلا عن الاقرار تقطع الخصومة
والنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه
بذلا منه وعلى هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي ولابي حنيفة ان النكول بذل
وهو تقطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول
وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انا له بادلا
اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه
اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يدعي فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال
انا ابن فلان ولكن لحقت لهذا ان يدعي نسبي او قال انا لست بامرأته لكن
دفعت له نفسي راجحت له الامساك بالبضع وعليه نقوض الاولى لانه لو كان
بذلا لما ضمن شيئا اخر اذا استحق ما ادى بقضا كما لو صالح عن انكار واستحق بدل
الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن ما يدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان لجبا
في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب
به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد المأذون يقضي عليه بالنكول
ولو كان بذلا لما قضي لان بذله باطل الخامس انه يقضى بالقضاء في الاطراف
بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان البذل الصلح
وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا
فالمدعي يقول انا اخذت هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق بطل العقد
فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعى يقول لك رجعت بما في الذمة
وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المداينات
وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبدل الصريح واما ما كان بدلا بحكم الشرع كالنكول
فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم
صحة البذل من المأذون بل دخل تحت الاذن كاداء المكفول والاعارة
والصيانة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البدل لا يعمل فيها بل هو عامل اذا كان سببا اخر ان يقول اقطع يدي وهذا كلام يأتي بقطعها وفيما
نحن فيه النكول سبب لا محالة يحترز عن اليمين ولذا ولاية الاحتراز عن اليمين

لا يقال ابو حنيفة ترك الحديث المشهور وقوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز الا ان ابا حنيفة لم ير وجوب اليمين فيما لا يكون بدله المال ولم ينكر بالراي وهو لا يجوز الا ان ابا حنيفة لم ير وجوب اليمين فيما لا يكون بدله المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان امرها ليس بهين حيث كان يجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع في قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة غير النزل وفي ذلك تسامح في البيان والذي ذكرناه في مطلع الحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ما تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي احلف ويستحلفه وما ليس له ان يمين وان قال اريد المال يقول له ادع دعوى السرقة واثبت على دعوى المال قال نصف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول شيآن الضمان ويحمل النكول فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة وجوز ان يراد بقوله بفعله بصل بالسرقة واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل يضمن نصف المهر عندهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر قبل الدخول فايدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال لم يثبت المال بالنكول ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت

النكاح

النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البدل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحرية اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته خوفا ان يريد تقرير الملتقط على حضانتها واراد استحلافه فنكل يثبت لها الحر دون النسب وكذا اذا وهب الانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الاخ قوله لان المقصود هو الحق دليل الجمع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقرار الاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة دون الابن الا في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما تصح من الرجل والمراة اذ ليس فيه تحميل على احد يستحلف وهذا بنا على ان النكول بدل من الاقرار فلا عمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار [illegible] من ادعى قصاصا على غير مجحد ومن ادعى قصاصا على غير مجحد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النسب او فيما دونه ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصح بالاقرار لشبه الخطا واما اذا كان الامتناع من جانب مورثه كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامراتين او الشاهد على الشاهدة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامراتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطع اذ تصور بتعدد بطريق المنة للخصم للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة ان الاموال انما يسلك بها مسلك الاموال لما خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها الايثار كما انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البدل بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يوخذ بالقصاص وفي رواية بالدية اخرى فان قيل لو كانت الاطراف تسلك مسلك الاموال لجاز قطع يد

الرجوع

الرجوع والابتاء

فوق الاصل وهاهنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون من وعاء

شبكة الألوكة www.alukah.net

من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب بقوله
الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاقلف وقلع السن الوجع
يباح بفعله وما نحن فيه من البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به
فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قالوا في السرقة اذا القطع
لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالاداء ومع هذا لو صبر اليه
اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف تسلك مسلك الاموال في حقوق العباد
لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله
وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالاداء انما يصار اليه بعد
تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البذل
في الاطراف جائز فيثبت به القطع وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا
امتنع واليمين حق مستحق عليه حبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين
حبسوا حتى يقروا او يحلفوا — واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال
المدعي بابينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه بمصر او سافر فان كان
مقيما نيل له اعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة ايام وان فعل والا امر بملازمته اما جواز
الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما جوازها لتكفيل فهو استحسان والقياس ما به
قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الخصومة بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لا يسع
عنه بيان وبحال بينه وبين اشغاله بتكفيل باحضار نظر المدعي وضرر
المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير
بثلاثة ايام فمروي عن ابي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير
من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه قال اذا كان معروفا الظاهر
انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك ويوخذ منه
اذا كان المدعي حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة قليلا
يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان
الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الحال محال والغايب كالمحال من وجه
اذ ليس كل غايب يوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة تقدران بمقدار مجلس
القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وليتة
الملازمة سنذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف
لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان اليمين الشرعي هي
ما يتبع به المشابهة والاستشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم
من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعي عليه

باليمين

باليمين بالله لانهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو مبني
عنه شرعا ولو قضي به لم ينفذ قضاؤه وابن سوريا بالقصر اسم اعجمي روي انه صلى
الله عليه وسلم راى قوما مروا برجل واسرا بمسخم وجوههما فسال عن حالهما فقالوا
انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبر يهودي فقال انشدك اي احلفك بالله الذي
انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا او ذلك دليل على جواز تحليف اليهودي
بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم زمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو
حاصل بدون ذلك وفي اتحاده حرج على القاضي بحضوره وهذا مدفوع وقالا ان في اذا
كانت اليمين في قسامة او لعان او في حق عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة
فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان وفي الجوامع وكذا
يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيهما ما مر من الحرج على الحاكم قال — ومن ادعى
انه ابتاع من هذا عبدا بالف فجحده هذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل
والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني
فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل
فكذلك وان لم يتضرر حلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد وعلى السبب عند ابي
يوسف الا اذا عرض المدعي عليه برفع السبب مثل ما تقول عند قول القاضي احلف بالله
ما بعت ابنك القاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقايله فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف
على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الايمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل
ينظر ان انكار المدعي عليه فان انكر السبب حلف عليه وان انكر الحكم حلف على الحاصل
قبل الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه ومحمد المولى يحلف على السبب لعدم
تكرر لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة
الى المسلم لانه ليس بمنعصم لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة
مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا
ادعت المبوتة نفقة او الزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجار والمشتري
لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقد فيتضرر
المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعي عليه لجواز ان يكون قد اشترى
وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانا ابحنا له
بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل
لان الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وستوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك
بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او العتق او النكاح او البيع
يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما تستحق عليك ردة وما بينكما
نكاح او بيع قايم في الحال لان السبب مما يتكرر ربما يحلف عليه يتضرر المدعي عليه

وعند ابي يوسف يحلف على السبب ولـــ ومن ورث عبدا او دعاه اخر استحلف
على علمه وهذا نوع اخر من تبيينة اليمين وهو اليمين على العلم او الاثبات والضابط
في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على
فعل المدعى عليه كان على البتات وتنقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى
ان العبد سارق او ابق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البايع واراد تحليف
البايع يحلف على البتات بالله ما سرق ما ابق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى
قبض صاحب الوديعة انه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا
باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكر الموكل يحلف الوكيل بالله
ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما
يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات
وفي صورة القبض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتحريها على الاول ان في الرد
بالعيب ضمن البايع لتسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي
الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا
ورث عبدا او دعاه اخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على
البتات وان وهب له واشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب
لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله لثبوت
الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم بما صنع ولـــ ومن ادعى على الخرساء
ومن اقتدى عن يمينه او صالح عنها على شيء مثل الملك المدعى او اقل جاز وهو ما ثور عن
عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان يدعي عليه ذكر في الفوائد الظهيرية
انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى بنيابا واقتدى عن يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف
وانت صادق فقال لكن ان يوافق قدر يميني يقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر
ان مقداد بن الاسود رضي الله عنه اقترض من عثمان سبعة الاف درهم
ثم قضاه اربعة الاف فكر افعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال لمقداد احلف
يا امير المومنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة الاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد
احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال لعثمان عمر رضي الله
عنه انها كانت سبعة الاف درهم قال لما منعك ان تحلف وقد حمل ذلك البنك
فقال عثمان عند ذلك ما قاله ليكون دليلا للشافعي رحمه الله على جواز رد
اليمين على المدعي والجواب انه كان مدعيا الايفاء على عثمان وبه ناخذ ونقول
ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظة القرار والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه
اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم فلم يحلف وكان له ان يستحلف
لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال ولـــ باب التحالف

راعي التنزيب الطبيعي فاجتزيبن الاثنين عن يمين الواحد لتناسب الوضع الطبيعي
اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بماية وادعى البايع انه
باعه بماية وخمسين او اعترف البايع بان المبيع كرمن الحنطة وقال المشتري هو اقل
فمن اقام البينة تقضى له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها
توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا توجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت
البينة للمشتري للزيادة اولان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة
فيثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البايع بعتك
هذه الجارية بماية دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما
بينة فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة
الاثبات وهما جميعا للمشتري بماية دينار وبقبل هذا قول ابي حنيفة احدا ن
يقول الاول وهو قول زفر يقضي بها للمشتري بماية وخمسة وعشرين دينارا
وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا
وقال المشتري اشتريتها منك بماية دينار واقاما البينة فهي كمن اتفقا على
قوله وهو البيع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما واما الاختلاف
في حق البايع فبينة على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري
اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا ويقول للبايع اما ان تسلم
ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه
جهة فيها وبما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان وان لم يتراضيا استحلف
الحاكم على كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع
عليه والبايع ينكر فكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان
فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان للمبيع سالم له في
يد فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس ان لا تتفقا
تحالفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قايمة بينهما تحالفا وترادا ولقايل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور
فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح فان كان كذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا
ترجيح ويبدا بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي
حنيفة وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف انه يبدا بيمين البايع لان المشتري
انكر ما انكر البايع اولا لان من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقديم
الانكار وان شد نه ولعله اراد بالبداءة التقدم وهو المناسب بالمقام لانه لما تقدم
في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه اولان فايدة النكول تتحمل باليداءة به وهو الاظهر

شبكة الألوكة www.alukah.net

الثمن ولو بدئ بيمين البايع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان
ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وذكر في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن
ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البايع ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر واقل فايدته التقدم
على انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الانتفاء بيمينه لان لا يحلف فلا اقل من
البداة بها وان كان العقد معاينة او صرفا بيد اقتضى ايهما شاء استحلافهما قال
وصفة اليمين ذكرنا في الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالله وقد باعه
بالغبن ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالبين وقد اشتراه بالغبن بضم الاثبات الى النفي
تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات حتى على الله
حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وبنيناه نظرا لذلك لا بناني التأييد فان تحالفا
فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب
وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه علم يثبت مدعي كل منهما
بقي مبيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي مبيعا بلا بدل
وهو فاسد وسبيله الفسخ فلا ينفسخ كان قايما قال في المبسوط حال المشتري وطي الجارية
اذا كانت مبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا للصحة البدل
في الاعواض واذا كان باذلا لم يتبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته
لعدم المعارض واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في اصله او في قدره
او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فالتحالف بينهما والقول قول البايع وقال زفر
والشافعي يتحالفان لان الاجل جائز مجرى الوصف فان الثمن يزداد عندنا بزيادة الاجل
والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود
عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد به
النص عند الاختلاف بما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار فان العقد
بعدهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به نصا وكالاختلاف في الحط والابراء
عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن من الجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير
حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى
نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف لان الثمن
موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة
الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول
لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك بالاولى لانه يختل به قيام العقد لبقاء المحل
ثمنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لانه لم يذكر لكونه ميتا وغاب عنه باعتبار
انه عارض كذلك بمنزلة سائر الدعاوي واذا اختلفا في مضي الاجل بالقول للمشتري لان

ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغبن وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ط

الاجل

الاجل حقه وهو يدل لو استيفاه قال فان هلك المبيع في يدي المشتري او خرج
عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد والشافعي يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل
عمل المتحالف لا يفصل بين كون السلعة قايمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله صلى
الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراداوا يعارضه ما في الحديث الآخر
من قوله والسلعة قايمة فان عند ذلك تميز الصادق من الكاذب بتحليف قيمة السلعة
في الحالة هذه ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فع عدمه
اولى واما العقلي فما ذكر في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عبدا غير الذي يدعيه
صاحبه والآخر ينكر فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل هذا امر
فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد فلا فايدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه
بين التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة
الثمن التي يدعيها البايع عليه بالنكول واذا حلف للبايع اندفعت الزيادة للزعامة
فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فان احدهما العقد
بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي
يوسف ان الدليل النقلي والعقلي يفصلان بينهما فالحق احدهما بالآخر جمع بين امرين
حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة
لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله
عليه وسلم والسلعة قايمة لا معنى له لقيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس
بمعنى مقصود بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى على انه معطوف على الشرط وحال فيلزم
مذكورا على سبيل الشرط واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس
لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة كما ذكرنا فلا يتعدى
الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجيب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام
يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله عينه اليه ولا
كذلك فيما هلك كما الاتري انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فلذا بالتحالف فليس في
معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه يأتي جوابه عن قولهما ان كل
واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو توكل بموجب العلة الى قوله
ذلك لكن لا يضر فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا قضى الى التناكر
وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتعذر
هلاكه وليس يدعي على البايع شيا ينكره يجب عليه اليمين ونقض حال قيام
السلعة وبما اذا اختلفا بيعا واحدا فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود

لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وتراداوا السلعة قايمة ط

لاختلاف السبب واجيب عن الاول بتسويته بالنص على خلاف القياس وعن
الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما يراعى
جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه ان المراعى من الفايدة ما يكون
من موجبات العقد وما ذكر لم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من
موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترتب به ما هو من موجباته
وهو ما ذكرنا من هلاك المبيع وقبضه وبنيه نظرا لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة
الترادفايدة التحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على
خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم
والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا
بان كان العقد معاينة وهلك احد العوضين فانه يتحالفان لان المبيع في احد
الجانبين قايم فتوفر فايدة الفسخ وهو الترادثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا
او قيمته ان لم يكن قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل
عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال
البايع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم تحالفا
عند ابي حنيفة الا ان يشاء البايع ان يأخذ الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين
في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله
ان يأخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء فيصرف الى التحالف لانه المذكور في
الكلام وكان تقدير كلامه ثم يتحالفا الا ان يترك البايع حصة الهالك فيتحالفان
والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك
شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه ثم يتحالفا والقول قول المشتري
مع يمينه الا ان يرضى البايع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اخر زايدا على
ما اقر به المشتري وعلى هذا يصرف الاستثنا الى يمين المشتري لا الى التحالف
لانه لما اخذ البايع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير
الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية
بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ
الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قبل والصحيح هو الثاني
لان البايع لا يترك من ثمن الميت شيئا فما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال
ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سياتي وقال محمد يتحالفان
عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف
عند لهلاك البعض اولي والجواب ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر

الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك
وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عنده ابو حنيفة رح

وذلك

وذلك مجهل في المقسم عليه ولا يجوز ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر
بقدره والجواب هو الجواب لابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة
وهي اسم لجميع اجزايها والجمع لا يبقى ببقاء البعض فلا يتقدر اليه ولا يلحق بالدلالة لانه
ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القايم لا يمكن الا على امتناع حصته من الثمن
ولا بد من القسمة وهي تعرف بالجزر والظن فيصير اي التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز
وبعض فاذكرنا ان احد الدليلين الذكورين في المتن لاثبات المدعى بقي القياس وبينه
اشار الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا قام ببعض العمل في
الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه
وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين
وبينه التحالف عند ابي حنيفة ايضا ودون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان
السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما
الاجارة فهي عقود متفرقة تتجدد فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على
حدة فينعذر الفسخ في بعض لا يتعذر الباقي والثاني ينفي الالحاق بالدلالة وبينه
الاشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرنا ثم تفسير التحالف على قول
محمد ما بيناه في القايم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه الى آخره
واما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس
بشرط للتحالف واذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما
ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري
لان البايع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفا
في تفسير على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان على القايم لا غير لان العقد
ينفسخ في القايم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى
القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه البايع وحلف كان صادقا ولذا لو حلف البايع
بالله ما بعت القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه
دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري
فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القايم وتسقط حصته
من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقربه المشتري ولا يلزمه
قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عندهما
وتعتبر قيمتها في الانفساخ يوم القبض كانت محل العقد في حق المشتري يعني يقسم الثمن الذي
اقر به المشتري على العبد القايم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا
ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة تجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري

وسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتها يوم القبض كانت على التفاوت
فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القايم تجب على المشتري
ثلثا ما قر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القايم
يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البايع على العكس فالقول للبايع
لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة
الهالك والبايع ينكر وطولب بوجه تعيين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم
العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسايل الزيادة
قال محمد قيمة الامر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض
لان الامر صارت مقصودة بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض
وقال ظهير الدين هذا اشكال مقابل ورودته على كل قرم تحرير فلم يتحمد احد الى
جوابه ثم قال الذي تحايل له بعد طول التفحص ان فيما ذكر من المسايل لم يتحقق ما يوجب
الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحيوان فظاهر ولذلك في الميتة عندنا لانا ان
نعذر الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة
يوم القبض على تقدير الفسخ به كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة
الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم
القبض فلهذا تعتبر قيمتها يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من
الشارحين فسخ العقد فانه يعتبر حينيذ قيمة يوم القبض لانه لما انفسخ العقد
وهو مضبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمة يوم القبض وفيما نحن فيه لما
كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القايم دون الهالك صار العقد مفسوخا
في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك
فعملنا فيه بالوجهين وقلنا يلزم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ رأسا
على قيمة يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايما اقام البينة تقبل بينته لانه تورد
دعواه بالحجة وان اقاما فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في
قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القايم لانها ضمنية والمختلف
المقصود هو ما كان في قيمة الهالك ذكر المصنف ما هو على قياسه من تنوع الاصل
وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول ههنا قول البايع والبينة ايضا
بينة مع ان المعهود خلاف ذلك ان البايع اما ان يكون مدعيا او مدعى
عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فاجمع بينهما
بين المتنافيين وذلك ان كلا من اليمين والبينة ينبني على امر جاز ان يجمع مع
الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فبني الايمان على حقيقة الحال لما يلزم

والزيادة بالزيادة والولد بالقبض
وكل واحد من العبدين عما صار
مقصودا بالعقد

لكان الهلاك لم يتعذر اعتبار
حاله وقت الفسخ فان الهالك

الامام

الاقدام على الفسخ بحالة ومبني البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره
لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون القول للبايع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بنفسه
وان تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة ترجح بالزيادة الظاهرة
على ما مر في كلامه نظرا الى ان عمل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها بتوجه على
احد العاقدين وهما هو فان حقيقة الحال وهو مدع على المدعي فان توجه اليمين على
احد العاقدين دون الوكيل والنايب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة
ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله
وهذا اي ما ذكر في الاصل بين معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف في التحالف
وتفريعاته التي ذكرت في الجامع الصغير قال ومن اشترى جارية
ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها وتقايلا ولم يقبض البايع المبيع بعد
الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما تحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق
البايع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ
سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ فان
قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن
ما اثبتناه التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين
فلا يتصل بحقهما وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة
قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نفسد الاجارة اذا اختلف الاجر والمستأجر
قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على المبيع قبل القبض والوارث على العاقد
اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع
غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البايع وضمن
القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل
القبض تجري التحالف بينهما لما قياس على جريان التحالف عند بقاء العين
المشتري لكون النص اذ ذاك مقبول المعنى ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة
فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النقض معطوفا بعد القبض
ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا
المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا وغير مقبوض قال ومن اسلم عشرة
دراهم في كر حنطة ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن
لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان في ابان التحالف الفسخ
والاقالة في باب السلم لا يحملان لكونهما سقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط
لا يعود بخلاف الاقالة والبيع فانهما يحتملان الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري
بعد عوده الى البايع الاول ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني

لة

بحال صح

قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة وعليه السلم
ولو كان ذلك في غير العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي
عليه زيادة من رأس المال وهو منكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيأ لان المسلم
فيه قد سقط بالاقالة قبل المعقود عليه قد فات في اقالة التسليم وفيما اذا هلكت
السلعة ثم اختلفا فيما الفرق لمحمد في اجرا التحالف في صورة هلاك السلعة دون
اقالة السلم واجيب بان الاقالة في التسليم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه
والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ وان اذا اختلف
الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها
بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه برد دعواه بالحجة
اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج
لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة واما قبلت لانه مدع في الصورة وهي
كاينة لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا
فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج
لانها تثبت الحط وبينته لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجزا
عنها تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في اعدام التسمية
وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية تخل
بصحته لبقايه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قبل التحالف مشروع
في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا
لا يفسخ اجيب بانه موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا
مع تعذر امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به دفعا لا فسخ النكاح لما ذكر
في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقا العقد بلا بدل والنكاح ليس
كذلك لان له موجبا اصليا بنفسه عند انعدام التسمية وعلى هذا طريق تخصيص
العلل والجواز مخلص ومخلص غير معلوم من قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من
قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف
به الزوج او اقل قضي بما قال به الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته
المرأة او اكثر قضي بما قالت لذلك وان كان اكثر مما اعترف به او اقل مما ادعته قضي
لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل والحط قال المصنف
ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل اعتبارها مع وجود التسمية
لانه يوجب نكاحا لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا يقدم
التحالف في الوجوب كما يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه
او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان بينهما فيما خمسة وجوه واما في قول الرازي

فلا تختلف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما
عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها فيما زاد
اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحليم مهر المثل
ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي
ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح
قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية تمنع المصير الى مهر المثل وهي
موجودة باتفاقهما وأقول ان اراد وا بقولهم هو الصحيح ان عين يجوز ان
يكون اصح فلا كلام وان اراد وا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية
لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لا يجابه واما التحليم لمعرفة من يشهد له
الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويكون ايجابا عنده بان مهر المثل امر معلوم
ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف اليمين فانه تقلم بالجزم والظن فلا يفيد
المعرفة فلا يجعل حكما وبدا بيمين الزوج اي عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة
القول فان اول السلمين عليه كما في المنتقي ويخرج الرازي بخلافه وهو التحليم
اولا ثم التحليف كما ذكرنا وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول في جميع ذلك
قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي ببشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا يفيده
ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهما بمنزلة
المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل او لا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما تحالفا
وايده ما قاله الامام فخر الاسلام وهو مخرج الرازي ولما على تخريج الكرخي فيتحالفان
اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون
عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فتجب القيمة وان اختلفا
في الاجارة اذا اختلفا في الاجارة في البدل اي في الاجرة او المبدل فاما ان
يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام
البينة قبلت بينته لانه يورد دعواه بالحجة وان اقاما فالكل كان الاختلاف في
الاجرة فبينة المؤجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في الجنسة فبينة المستأجر
كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفصل مثل ان
يدعي هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضي بشهرين بعشرين وان
عجزا تحالفا وتراد في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس
كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد معاوضة
يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجود الزيادة
فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الاجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود
عليه واجبا او لا على الاجير ثم وجب الاجر على المستأجر بعده اجيب بان الاجرة ان

شبكة الألوكة
www.alukah.net

ان كانت مشروطة التعجيل نحو الاسبق انكار ابيد ابه وان لم يشترط لا يمتنع الجبر
لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجر فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجر فيحلف
وان وقع الاختلاف في المنفعة يدي بينة الاجر لذلك وايهما نكل لزمه دعوي
صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلها وكذا على اصل محمد لان
فايدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة
وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلا تعرض لا يبقى زمانين
واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتتبين بحلفها ان لا عقد
بينهما لانتفاء خوف من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف
فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المنكر عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما
بقي لان العقد بمعقد ساعة فساعة يصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد
عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف واما
الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة
اليها بعد الاستيفاء لا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لان
العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال
واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان
وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع ٥
ولابي حنيفة ان المولى يدعي بدلا وايدا يبذل العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عند
اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان في قبد
في الثمن فيتحالفان ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة توجب به البدل على
العبد في مقابلة فك الحجر عن اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما
على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عندادا وهذا لان البدل لا بد له
من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة
للحال العتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند
تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون الحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند
الاداء فتقابلا مقابلة بقي اختلافا في قدر البدل لا عينا لان العبد لا يدعي شيئا بل هو
منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر واذا اختلف الزوجان
في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت مما يصلح لرجل كالعمامة فهو للرجل
والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالرقابة وهي
المجزع وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لانها على الجار
والخمار وهي للمرأة مع اليمين بشهادة الظاهر لها لان المتاع اسم لما يتمتع به الانسان اذا كان الرجل

على

صابنا وله اساورة وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون
مثل هذا متاعا لهما وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية
والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يديها في يد الزوج
والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما تختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج
باليد ظاهرا قوي منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال
فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو للنساء فاذا وقع الاشتباه ترجح بالحال
ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاسكافة والعطارين ٥
وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم نرجح بالاختصاص لان
المراد به ما هو بالاستعمال لا بالتشبه ولم يشاهد استعمال الاسكافة والعطارين
ومشاهدتنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين ولا فرق بين
ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما
واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما لانهما كانا لان اليد للحي
دون الميت وهذا الذي ذكرناه من حيث الجملة التفصيل قول ابي حنيفة لان
المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو
للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله
وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها مما يصلح لهما والباقي للزوج
مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى لجريان العادة
بذلك فيسقط به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا تعارض لظاهر فكان
معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقامهم وقال محمد طلاق
الرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا
او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المرأة وما في
يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة
الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان
احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر اقوى لكون اليد لنفسه من
كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى اقوى والاقوى اولى ولهذا قلنا
في الحرين مما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك
وللحي منهما بعد الممات حر الممات او مملوكا هكذا وقع في عامة النسخ شروح الجامع ٥
النصف وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال
شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة
واستدل بقوله لان يد الميت تخلت بد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة ٥
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر ان لهما يدا معتبرة ٥

في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوايهما
في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه لكما لا يترجح الحر بالحرية في
سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار
السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما فصل فيمن
لا يكون خصما ومن لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الكفاية قبل معرفة
الاعلام فان قيل الفصل يشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الترتيب
لا من حيث القصد الاصلي قال وان قال المدعى عليه هذا الشيء ودعنيه
فلان اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء ودعنيه لاندفع
فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على
ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة وان اقاما وقال ابن
ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب
كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة اذا شهد الشهود
فاما ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه
او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم
وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي يوسف ولهذا
خمسة اقوال ولهذا لقبت المسئلة بخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك
للوجوه الخمسة المذكورة انفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعي
عليه اثبت بينته ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم
ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت بينته الملك للغايب واثبات الملك للغايب
بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه
ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه
البينة شيآن ثبوت الملك للغايب والخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه
وهو خصم فيه وبنا الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المراة الى زوجها
اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لتقرير الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق
مالم يحضر الغايب قوله ان سلمنا البناء لكن مقصود المدعي عليه باقامة البينة ليس اثبات
الملك للغايب وانما مقصوده ان اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون
ذلك ليكون ذلك ضمنيا لا معتبرا به ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر للملك
لغيره والاقرار يوجب الملك بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة
والجواب انه صار خصما بظاهر هذا واقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه
فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة
بالحوالة فانه لا يصدق الا بالحجة تاييدا ليلزم اثبات اقرار نفسه بينته وهو غير معهود

في الشرع لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لاثبات الاقرار ووجه
قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر
يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فتحتال الابطال حق غيره فاذا اتهمه
القاضي به ابطلا ولما وجه الفصل الاول فلان شهادة قامت بمعلوم للمعلوم فتوجب
قبولها وامّا الفصل الثاني فله وجهان احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا
المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يتمكن المدعي اتباعه ولزالت
الخصومة بتعذر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه
الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الى اخره فصار بمنزلة ما لو قال اودعه
رجل لا اعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم قال فهل تعرف اسمه
ونسبه قال لا قال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة ان المدعي عليه
اثبت بينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفها الشهود
بوجه للعلم بتعين حينئذ ان المودع غير المدعي عليه فاذن الشهادة
تفيد ان يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة
التامة وليس على ذي اليد لتعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه
ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول
محمد لو اثبتت الخصومة لتضرر المدعي عليه ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي
انما لحقه من نفسه حين نسبي خصما ومن جهة شهود المدعي عليه ولذلك لا يلزمه
وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يدي المدعى عليه واليه اشار
بقوله هذا الشيء ودعنيه فلان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الحال
واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة وذو اليد
ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل ان يندفع عنه الخصومة
بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوي تقع في الدين ومحل الدعوة فالمدعى
عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعي عليه من البينة على ان العين
كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت فيها فلا تحول عنه الخصومة قال
واذا ادعى رجل انه ابتاعه من الغايب فهو خصم واذا قال المدعي عليه اشتريته من فلان
الغايب لانه لما زعم ان يد فلان يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي
غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع
الخصومة لانه صار خصما بدعوى الغصب عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد
وفعله لا يخلو بين ان يكون لدو لغير حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله
فعل غير بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم

من حيث ظاهر اليد ولهذا انصح الدعوي علي غير ذي اليد وصلة لا يزيدة
بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما واقامة البينة
اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام دو اليد البينة
علي ان فلانا اودعه لم تندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان
وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل اليه فصار كما لو قال غصب مني علي ما لم يسم
فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي يلي يد
الا انه لم يعينه ذما للحد عنه تشفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما
يقضي باليمين عليه وفي ذلك حمله ساقا فا وجه الدرء حينئذ اجيب بان
وجهه انه اذا اصل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد
ذلك ببينة قطعت يد لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان يدرء
حمله سارقا احتياطا للدرء بخلاف ما اذا قال غصبت لانه حينئذ يعيبه فلا يحترز
عن تشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه
فلان ذلك سقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما علي ان اصل اللك فيه لغير
فيكون وصوله الى يده ذي اليد من جهته فلم تكن يد خصومة الا ان يقيم
المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت بينته انه احق بامساكه
شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين و ـــ وان ادعى
اثنان عينا وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة علي ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من
الهتر بكسر الها وهو السقط من الكلام والخطايه وفي قول يقرع بينهما
لان احدي البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع اللكين في كل العين في
حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بواحد منهما ويصار الى القرعة لانه
صلي الله عليه وسلم اقرع بينه ذوي سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة
بين يدي رسول الله صلي الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله
بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضي بها لمن خرجت قرعته
ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي رضي الله عنه ان رجلين تنازعا في بعير بين
يدي رسول الله صلي الله عليه وسلم واقاما البينة فقضي به رسول الله صلي
الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما
بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الي سلسلة كسلسلة بني اسرايل
كان داود صلي الله عليه وسلم اذا جلس لفصل القضاء تدلت سلسلة من السما
بسبق الظلم ثم قضي به رسولنا صلي الله عليه وسلم بينهما نصفين والجواب عن

حديث

لم يقطع يده للظهور سرقته بعد وصول العين الى المالك والمحكوم عنه لم يقض له بالعين المدعى فبقي ظهور سرقته بعد ذلك في حق المدعي

حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار
لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرج له فكما ان تعليق
الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم ان لاحدهما بينة
لان المطلق للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة ادا الشهادة لا
يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون
احدهما اعتمد سبب الملك بان راه يشتري فشهد علي ذلك والاخر اعتمد اليد
فشهد علي ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما اما امكن
بالتصنيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق و ـــ
وان ادعى كل منهما نكاح امراة دعوي نكاح المراة رجلين اما ان تكون متعاقبة
او لا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما او لا فان اقرت فهي امراته
لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان تم بينة فمن اقام البينة فهي امراته
وان اقرت لغير لان البينة اقوي من الاقرار وان اقاماها فاما ان تكون
في يد احدهما او دخل بها او لا فان كان كذلك فهي امراته لان النقل البينة
او الدخول تصادليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة علي سبق نكاحه
فانها تقبل لان الصريح اولي من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ
فهي امراته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا تهاتر بينتهما
منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الي تصديق المراة
لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امراته لان النكاح قام بحكم
به بتصادق الزوجين ولقايل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول او الثاني
مجهل لانه انما يكون اذا كان الثاني بعد بعد لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا
احتملت ذلك فتساويا ان لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب
ان ذلك انما يعتبر اذا كان النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك
وايضا قد ذكرنا انفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول
حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد احدهما والمراة تجحد
فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعي الاخر واقام علي مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء
الاول قد صح ومضي فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني تاريخا
يقتضي له لانه ظهر الخطا في الاول بيقين قوله وكذا اذا كانت المراة في
يد الزوج مريانه و ـــ ولو ادعي اثنان كل واحد منهما انه اشتري منه
هذا العبد عبد في يد رجل ادعي اثنان كل واحد منهما انه اشتري منه هذا
العبد قال المصنف معناه من صاحب اليد احتراز اعما سياتي بعد هذه
المسالة واقاما علي ذلك بينة من غير تاريخ فكل واحد منهما بالخيار ان شاء

دعوي ص

اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البايع بنصف ثمنه
ان كان قد نقد لاستوايهما في الدعوى والجحد كما لو كان دعواهما في الملك المطلق
واقاما البينة وان تناتجا لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة
قد تغير عليه فلعل رغبته في الملك الخلو لم تحصل فيرده وياخذ كل الثمن فان قيل
كذب احد الفريقين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت
واحد فينبغي ان تبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل
شهدوا بنفس العقد لجواز ان يكون كل منهم اعلم سبا في وقت اطلق الشهادة
به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ
جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد به والعقد متى انفسخ بقضاء
القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه
اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف اي في المقضي به لظهور استحقاقه
بالبينة لو لا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه
حيث له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزوال
المانع وهو مزاحمة الاخر وقوله حيث له ان ياخذ الجميع يشير الى ان الخيار
باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده
انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه
اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما
دون الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال
الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك ولم يذكر تاريخا لكنه في يد احدهما
فهو اولى لتمكنه من قبضه بدل على سبق شراه وتحقيق ذلك يتوقف على تقديمين
احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع العبد بعده
زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراؤه حادثان فيضافان
الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شراه وتاخر
عنه ظاهرا فكان بعد شرايه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد
شراء القابض فكان شراه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم
ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد تكون مما تنقض اليد وقد
لا تكون فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وطوب بالفرق بين هذه وبين ما اذا
ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحد منهما قابض فان الخارج هناك اولى
والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبايعه اولا فاجتمع
في حق البايعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك
وكذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى لان تذكير الوقت لا يزول

احتمال

احتمال سبق ذي اليد وقولنا لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه
يدل على سبق شرايه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراه كان قبل شراء صاحب
اليد فان ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء
والاخر هبة وقضى بالقابض لما قدمنا المصنف معناه من واحد احرازا عما اذا كان ذلك
من اثنين كما سبق واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة
من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه وللهبة لا تثبته الا بالقبض
فكان الشراء والهبة مائتين معا والشراء يثبت بالملك دون الهبة لتوقفها على القبض
وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى
ما ذكر من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة
وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما سواء لاستوايهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التسا
فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح بالزوم
وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال ان بما يظهر اثره في ثاني
الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى
المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قايم في الحال وهذا الى الحكم بالتصيف بينهما فيما
لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وكذا فيما يحتملها كالدور والبستان عند البعض
لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك
لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضي لهما بشيء لانه تنافيد
الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتمان قيل هذا قول ابي حنيفة اما
عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضي بكل واحد منهما بالنصف فانما يقضي بالعقد
الذي شهد به شهود. وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم
جميعا وانما ينبت الملك بقضاء القاضي ويكون الشيوع في الملك المستفاد بالهبة
مانعا صحتها قال واذا ادعى احدهما الشراء وادعت المراة انه تزوجها عليه واقاما
البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوايهما
في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمراة على زوجها
نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند
ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى لان العمل بالبينات بهما امكن واجب لكونها حجة
من حجج الشرع وان قدمنا النكاح بطل العمل بهما لان الشراء بعده يبطل اذا لم
تجزه المراة وان قدمنا الشراء صح العمل بهما لان التزوج على ملك الغير صحيح والقيمة
صحيحة وجب القيمة ان لم تجز صاحبه شيئين تقديره و وجب لها على الزوج القيمة
وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب
ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء

في حق ملك العين واذا ادعى رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما فالرهن
اولى وهذا استحسان وفي القياس البينة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته
فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن
مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع ولا يرد
الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها تبع البيع اولى من الرهن لان
البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك
معنى لا صورة وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى
الملك الا من جهته والفرض ان الاخر لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي
يوسف اخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عين وان
ارخ احدهما دون الاخر ففي النوادر عن ابي حنيفة انه يقضى بينهما انه لا عبرة
للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في الاصح الروايات
وعلى قول ابي يوسف يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يورخ لانه
يد محي اولية الملك وسياتيك تمام بيانه ان شاء الله ولو ادعيا الشراء من واحد
واقاما ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء قضي به بينهما وان ارخا تاريخين
متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقا
ثابتا من ذلك الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا قبل ان تفاوت
فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البايع واحدا او اثنين وانما التفاوت
بينهما اذا وقت احدهما دون الاخر على ما سنذكر بعيد هذا وقوله معناه من
غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فايدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان
يكون ذلك الواحد ذا اليد او غير فانه ذكر في الجامع دارا في يد رجل ادعاها
رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من اخر كان اقام احدهما على الشراء من زيد
مثلا واخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يثبتان الملك
للبايعين فيصير كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم تخير كل واحد منهما اخذ ذا
من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء
ترك ولو وقت احدهما دون الاخر قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل
على تقديم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما
اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته ما اذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيع الملك حكم به فكذا اذا اثبت بالبينة الا اذا بين
انه تقدم عليه شراء عين ولقايل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر

من

من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين
المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق فجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة
فهو ممن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تقدم شراء عين والجواب ان كذلك
مدخلا في الفرق لان البايع اذا كان واحدا كان التلقي ضروريا وقد ثبت
لاحدهما ملك بالبينة في وقت وملك عين مشكوك ان تاخر لم يقدر ان تقدم
ملك فتعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين
جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح
لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل واخر الهبة والقبض
من اخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر
واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم
فيصير كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق البائعة بطريق
التغليب لان البايع واحد من المالكين فكان المراد من مليكهم ——
واذا اقام الخارج البينة على ملك مورخ وان اقام الخارج على ملك مورخ
وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا
كانت اولى من بينة الخارج ولا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغير التاريخ
لان التاريخ دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق
الملك ولو بتعرض لجهة الملك وكان التقدم والتاخر سواء بخلاف ما اذا
قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء
كان البايع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان
الملك الثابت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من
جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا
وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر
قبل هذا قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده وديعة حتى تندفع عنه
دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت
ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تفيد
الا بعد اثبات التلقي من قبله فنقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كان
الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف في
قول محمد لا معتبر بالتوقيت لما بينا من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو
اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة
ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى

شبكة الألوكة www.alukah.net

لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى
وقد مر وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى
وقد مر ولها ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع ولا دفع ههنا
لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لاحتمال
تاريخ احديهما ليحصل التيقن بان للاخر تلقاه من جهته لامكان ان الاخر
لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم فانهما
تتعارضان على هذا اذا كانت الدار بايديهما واقام احدهما بينة على ملك مورخ
والاخر على مطلق اليد فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيد
بالاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم
لمحمد انه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى وايضا بان ذلك يحب ان يكون
محل قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقت بينة احد الخارجين
والملك المطلق دون الاخرى فهما سواء عندهما نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق
اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الرد والمدة له كالتضمن
والمفصلة كالاكتساب فكان ملكا للاصل فملك الاصل اقدم من التاريخ وكما يوسف
ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت سقين والاطلاق يحتمل عدم الاولية فالترجيح
بالسبق وكما حنيفة ان حق ذي الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما لما مر
من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل الملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ
واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لا حقا من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك
فاستويا في السبق والحدوث فيحتمل انهما ملكا معا وعند ذلك لا عبرة لعنصر التاريخ
فمعنى قوله ان دعوى التاريخ حالة الاعتراض ساقط الاعتبار قوله بخلاف ما اذا
جاء عن قول ابي يوسف ومعناه انه لما اعتضد على السواء تعارضا على الحدوث ولا يد
للحدوث من التاريخ فصار الى الاقرب الاوفق وهو ترجيح جانب صاحب التاريخ
قال وان اقام الخارج وصاحب اليد ذو ان اقام كل واحد من الخارج ومن
ذي اليد بينة بالنتاج فذو اليد اولى وهو استحسان وفي القياس ذو البينة للخارج
لما بينا ان بينة الخارج اكثر اثباتا فان من بينه ذي اليد ان الخارج سبب لها اولى بالملك
بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد ظاهر وذو اليد لا يسبب يدعي استحقاق الملك
الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما يدل عليه
اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد بالسبب المضاف
سواء كان ذلك قبل القضاء للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان
ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته مع بعض الامر وذا فعه لبينة الخارج لان النتاج لا

بتكرر فاذا ظهرت بينة داخلة تبين ان الحكم بالبينة مستندا الى حجة فلا يكون
معتبرا واعلم ان بينته انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد
فعلا كالغصب او الوديعة او الرهن او الاجارة واما اذا ادعى ذلك فبينة
الخارج اولى لان ذا اليد تثبت ببينته ما هو ثابت بظاهرين من وجه وهو اصل
الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا انتهى اقول قوله
وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد
لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة واحدة
من دابتين غير متصور لعلة كونه ملكه ووجه صحة ذلك ان محمدا رحمه الله
ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين ولو كان
الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي
يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على اللحيين بان
كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لا ان الشهادة بنا على ان الشهادة على
النتاج ليست بمباينة للانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة ان
والنادرة تظهر في التطبيق فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعند يستحلف
ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بينان
واقاما البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد
نفسه فيقضي به لذي اليد كما ان البائعين لو حضرا واقاما على ذلك بينة فانه
يقضي ثم لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على
النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية
الملك فلا تثبت للاخر الا التلقي من جهته ولذا اذا كان المدعي بينة خارجين
فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا تثبت التلقي للاخر
الا من جهته ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضي
ايضا لانها تشهد ذا اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به
الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي شهوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد
بينته قضى له بها تقديما للبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد
قضى بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل
وينقض القضاء لانه بمنزلة النص في دلالته قطعا فكان القضاء اقوى على خلافه
كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته
لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان اقامة البينة
على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ في

على الاولية

يكون مقضيا عليه فان قيل القضا ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج
مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج ينبغي ان لا ينقض قضا القاضي ٥
لصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت
بينة ذي اليد قايمة عند وقت القضا فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهن
البينة ما كانت قايمة عند حال القضا فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع
البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضا الاول ولذلك
ولذلك النسخ في الثياب التي لا تنسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه
ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه
استحسان ترك به القياس بارذي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة
في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لذي اليد فلا يلحق بالنتاج الا ما في
معناه من كل وجه فلا بد من ذكر من اسباب الملك اذا ادعاه كان لمدعي النتاج
كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه
ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر الميز
او صوفا مجزوزا انه ملكه جز من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو
اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج
من كل وجه فيلحق به لدلالة النص وملتكر من ذلك تقضي به للخارج كالجز
وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ به من وبر خزا قيل هو بفتح فاذا بل
يغزل مرة اخرى ويفتح فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها
ملكه بناها بالله او ادعى عرسا انه ملكه عرسه او ادعى حنطة انها ملكه او زرعه
او حبا اخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام
عليه بينة قضي به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما قلناه
واما في الباقية فان البنا يكون مرة بعد اخرى كذلك الغرس والحنطة ٥
والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فيتميز الحبوب ثم تزرع ثانية ولما لم يكن في
معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن التكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول
من اهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضا ببينة هو الاصل
والعدول كان لحدوث النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل فان اقام
الخارج البينة على الملك واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشرا منه
فذو اليد اولى لان الخارج وان كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه والتلقي
زهذا فصار كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشرا منه واقام الخارج

نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او
ادعى ثوبا انه ملكه حاكه نساجه
او ادعى جبنا انه ملكه صح

البينة انه اشتراها من ذي اليد واقاما ذو اليد انه اشتراها من الخارج
ولا تاريخ بهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المصنف هذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يقضي بهما لان العمل بهما وذلك بان يجعل
كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض
لا تالبق كما مر ولا يمكن ان يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا
ثم باعه اياها لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار
عندهما ان الاقدام على الشرا اقرار من المشتري بالملك للبايع فصار كانهما
قاما على الاقرار بن وفيه التناقض بالاجماع كذا هنا ولان السبب براد لحكمه وهو
الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود
بالذات وههنا لا يمكن القضا لذي اليد لانه مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة
ذي اليد انما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيد الحكم بالنسبة
اليه فبقي القضا مجردا السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن
فالالف بالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل
جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقضا عند محمد للوجوب عند ان
البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص
بالوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن
على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما
بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار يتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد
باعتبار ان بيع كل واحد منهما جايز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين
ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما
اولى من الاخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو
معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن
وان وقت البينتان في العقار وقتين فاما ان يكون وقت الخارج اسبق او وقت
ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض او لا فان كان وقت
الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي
يوسف فيجعل كان الخارج اشتري او لا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه
جايز في العقار عندهما وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض
عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان
الخارج باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت
ذي اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذو اليد اشتراه وقبض

ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه وللمصنف رحمه الله في قوله
فيحصل كما لو اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع فانه يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات
القبض ق ـ وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة وان اقام
احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فما سوا الاثنين شهادة كل شاهد بن على
تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا نتفع بكثرة العدد بل يبقون فيها الا ترى ان
خبر الواحد لا يترجح بخبر واحد والآية بآية اخرى لان كل واحد منهما على
بنفسه والمغير يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف
في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لا لما صفة
الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة
كل عدد نصاب كامل ق ـ وان كانت الدار اذا كانت الدار في يد رجل ادعى
اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما
اثلاثا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة ان المدلي
بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه يضرب
بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فادونه وغرماء الميت اذا ضاقت
التركة عن دينه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حالة
المزاحمة كسلتا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين مبنية
وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة
ومبنية وجبت لا بسبب حق كان لي العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي
اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه واجاز المولى البيعتين فالقسمة
بين المشتريين بطريق المنازعة اربا عا على هذا امكن الاتفاق بينهم على العول
وعلى المنازعة والافتراق مما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على
اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء والما على اصلها فلانها وجبت بسبب حق وهو
العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع
الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة
اليه والما على اصلها فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول الشراء
الى البيع ومما افترقوا فيه مسلتنا فعلى اصل ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما
هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة
على طريق المنازعة فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر فانفرد
به صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي
في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيحصل

اوسع نمرة وصل المسيا فوض عادتها واجادة باعتبار القسمة

لصاحب

لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلها حق كل
واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء
الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه
بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقل
اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب صاحب النصف بسهم فيكون بينهم
اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها المختصرات ق ـ المصنف
وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند
اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا اذن احد
المولين مائة درهم ولجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى
المأذون والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة
ارباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج ق ـ ولو كانت
دار في يديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين بتصرف
الى ما في يد ليلا يكون في اسكانه ما حمل الامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج
اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الاخر
شيأ وهو يدعي على كل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف عليه اقامة البينة فان
اقاما له جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لان اجتمع
بيد بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فتقضي له بذلك ونصفها ٥
الاخر على وجه القضاء وهو الذي كان بيد الآخر لانه لم يدعه ولا قضاء بدون
الدعوى فيترك في يده ق ـ واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة
واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت لشهادة الحال
فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصارا كانهما
اقاما هاوله تاريخ لما هنا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد فان وافق
سن الدابة تاريخه او اشكل فقضي بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق
شهوده او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت
الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي
اليد قوله وان خالف سن الدابة الوقتين تعين في الخارجين بطلت البينتان
كذا ذكر الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد
فيمنع حالة الاجتماع ايضا فتترك الدابة في يد من هي بيده تفاديا لتكاذب
البينة قال المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو ان تكون الدابة بينهما
في الفصلين يعني فيما اذا كانت الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين برهـ

دعوي الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه ولذلك اذا كانت على عهد الوقتين
لان اعتبار ذلك الوقتين لحقهما وفي هذا الموضع في اعتبار ابطال حقهما فسقط اعتبار
ذلك الوقت اصلا ونظر الي مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك
فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا اعتبرنا الوقت بطل البينتان وهي في يد
ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يد من
يأمر بحجة الاستحقاق وهذه الرواية بخلاف ما روي ابو الليث عن محمد انه قال
اذا كان سن الدابة مشكلة بقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي
لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد فضا ترك فكما قام بقيما البينة ولعل هذا هو الاصح
وقوله ينظر الي مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس معتبرا في الدعاوي
بالحجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود
المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر
بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي يوجب سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين تصل في النازع
بالايدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل يذكر
بيان وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول باقوي ولهذا اذا قامت لا يلتفت الي اليد
ذ ـــ واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر
متعلق بلجامها او الكلب او لي لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني
غالبا ولهذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولي
لما ذكرنا وتقل الناطفي هذه الرواية من النوادر واقاني ظاهر الرواية
بين بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانهما بينهما قولا واحدا
لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير واحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولي
لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فللابس
اولي لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه
فهو بينهما الا علي طريق القضاء لان اليد علي البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في
بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا تكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد
غيرهما وهما يتداعيانه علي السواء فيترك في ايديهما وكذا اذا تنازعا في بيت الدار وبيته
اذا ادعاها شائعا فكان حيث لم يقض بهما بينهما لا بطريق الترك ولا بين لان عدم
يد الغير فيها غير معلوم لان ايديهما قد تكون بالاحتطاط له وزوال ذلك لانها
معلوم
كانت حيث هي مكانها الذي ثبت يد الاحتطاط له فيه عليها لم يتحول الي محل اخر
فكان يد ثابتة عليها حكما ولم يسلم به القاضي وجالة ذي اليد لا يجوز القضاء لغير
لان شرط جواز العلم بان المدعي ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد واذا كان

قوب

ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفين لان الزيادة من جنس
الحجة لان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما الكر استمسكا ومثل تلك
لا توجب الرجحان كالواقام احدهما شاهدين والاخر اربعة وقد اشار الي الفرق
بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هو
للزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه ولا يجلوا اما ان يكون
الصبي ممن يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول فان لم يثبت فهو عبد ذي اليد وان
بناه فقال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتاييد الظاهر فيكون
في يد نفسه وان قال انه عبد لفلان غير ذي اليد لانه اقر انه لا يد له علي
نفسه باقراره بالرق قبل الاقرار بالرق واجب بان الرق لم يثبت باقراره
بل بدعوي ذي اليد الا ان عند مارضتها يدعوي الحرية لا يتقرر عليه
وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان
في يد وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه
كان كمتاع لا يد له علي نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعي رق لقيط لا يعبر عن
نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو
وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن
الاول بان فرض الالتقاط يصف اليدان الملتقط امين في اللقيط وبيد الامين
في الحكم يد عين فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني
بان الاصل يترك بدليل يدل علي خلافه واليد علي من ذلك شانه لكونه
بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك الاصل به ولو كبر وادعي الحرية لم يكن القول قوله
للظهور الرق عليه في حال صغر قال ـــ واذا كان الحايط لرجل واذا كان الحايط
لرجل عليه جذوع او متصل ببنايه والاخر عليه هراديج جمع هردبه وهي قصبات
تضم ملويد بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكر في المغرب
عن الليث يقال له بالفارسية وردول فهواي الحايط لصاحب الجذوع والاتصال
والهراديج ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق
به فصار كدابة تنازعا فيها واحدهما عليها حمل والاخر كورها ومعلق بها والمراد بالاتصال
الذكور في قوله او متصل ببنايه مداخله لبن جدار فيه ولبن هذا في جدار
وقد يسمي اتصال تربيع وتفصيل التربيع اذا كان الحايط من مدر او اجر ان يكون
اتصاف لبن الحايط المتنازع فيه داخلا في اتصاف لبن غير المتنازع فيه ٥
وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة احدهما مركبة برؤس
الاخري واما اذا انتهب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لان بعض بنايه علي بعض بناء هذا الحايط ومن ضرورة ان من الاتصال ما يكون

اليد
للرقاص من الشاء والاعلاف والعلف
غير موجبة كالطلاق والعتاق
الهبة والاقرار

فهو عبد لذي
ذو اليد

ولتفسير

اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحايط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف فصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وبمثله قال شمس الائمة السرخسي ويروى أن الثاني اولى لان الحايطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة اتصاله ببعضه اتصاله بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو بينة ذلك بالبينة اريد فيها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحايط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد اخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوايهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها والاعتبار يكون احدهما حراجا ولا حاجا دون الاخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة والمراد بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وعلى يد الاخر هدبه حيث يقضى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الثوب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بانه الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والاخر كالاجنبي عنه فالثوب والشرب تحتاج اليه الاراضي دون الارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار فان ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يد لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحينئذ كانت يده مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت بيد لقيام الحجة فان قبلا البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الاخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبوله وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا تقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في يدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها

وبكثرت الارافق لكثرة الاحتياج الى الشرب فيستدل بهما على كثرت حق الرفق واما في الساحة فالاحتياج للارباب وفيما

شبكة الألوكة www.alukah.net

اتصال المجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله والمرادي ليس لشيء يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للمرادي اصلا وكذا البرادي لان الحايط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا المرادي والبرادي وانما يوضعان للاستظلال والحايط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه مرادي وليس للاخر عليه شيء تقضي به بينهما ومعناه اذا اعترف كونه في ايديهما تقضي بينهما اثلاثا ترك وان لم يعترف كونه في ايديهما والزيادة من جنس الحجة فان الحايط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثرها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحايط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب الفليل ما تحت جذعه يد بحق الوضع فهو مصدر ميمي وقد اشار اليه المصنف في رواية كتاب المدعوي لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحايط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحايط وعلى هذين الروايتين قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ايبات كما تذكر وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهذا اطهر لما ذكره في الدخيرة وقال في المبسوط في موضع القول الاول والاكثر هم على انه بقضي به لصاحب الكثير لان الحايط يبنى لمستر خشبات الخشبة واحدة قوله والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى اخره يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحايط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثالثة وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال وجه الاول ان الحايط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يد فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجايز ان يكون اصل الحايط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جايزا واعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه

بينهم باقرارهم وليشهد انما قسمها باقرارهم ومن قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة تحق الملك لتكمل المنفعة وقسم تحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة الى الحفظ فلم يثبت الملك بالقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا يقضى لهما بالبينة وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان تظهر حقيقة الحال وان نكل احدهما قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكل الحالف فصار النصف الذي كان في يد كل واحد منهما يدعي ذلك واحد هو البين بها او بنى او حفر فهي في يد لوجود التصرف والاستغلال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب

باب دعوى النسب لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه فقال واذا باع جارية اعلم ان البايع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جات به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه منها على اربعة اوجه اما ان ادعى البايع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جات به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه البايع وحده فهو ابن البايع وام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع انعدم منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم تقبل الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق بملكه ولدلالة شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزلنا منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفا جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يبتدا بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمراة اذا قامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلثا واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جايز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه فضة بغير حق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البايع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وان ادعياه معا يثبت النسب من البايع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير

فان

فان اصل العلوق إن كان في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتضاء الاول على الحال دون الثانية فكان البايع اولى قوله وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد وهي لا تختص بقيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البايع استغنى الولد حينئذ عن النسب وان جات به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا تصح دعوة البايع لان الشاهد على كون الولد منه انتقال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحكم الاستيلاد بالنكاح حملا لامر على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حكمه في الام فلا تصير ام الولد له وانما تصير ام ولد بنفي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبايع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وان ادعياه معا او تعاقبا صحت دعوة المشتري لان البايع كالاجنبي وان جات به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البايع فيحتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري صحت دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حرا الاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلوق في ملكه وان ادعياه معا او تعاقبا فالمشتري اولى لما بينا ان البايع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها اولما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البايع وحده لا تقبل بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البايع ان جات به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جات به لاقل المدة كان النسب للبايع وان جات لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البايع في وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البايع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما

قال فان مات الولد فادعاه البايع الاصل في هذه انه اذا احدث ما لا يلحقه النسب منع فسخ الملك فيه بالدعوة ويبقى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات

في الولد ح

الولد

فادعاه البايع وقد جات به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها ثابتة
للولد ولم يثبت نسبه لعدم الوقت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام
وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جات به لاقل من ستة اشهر يثبت نسب الولد
وحق الاستيلاد لان له اصلا اضافيا اليه حيث يقال ام الولد واستفادة الحرية من جهته ٥
لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية
ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولان الثابت لها حق الحرية
وله حقيقتها والاولى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة يضرفوات التبع
ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا
بنا على ان مالية ام الولد غير متقومة عندنا في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري
وعندهما متقومة فيضمنها ولذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق
فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام ردها على البايع الولد هو ابنه يرد
عليه حصته من الثمن بقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري
وما اصاب الولد سقط عنه عندهما وعندك يرد عليه بكل الثمن كما سذكره ولو كان
المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق
استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق
للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة لدينا في
ذلك كما مر وفي الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من
الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام فلا تمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل
اذا لم تمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكونه مخلوقا في ملكه ٥
سلمنا لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البايع ومن حكم ثبوت النسب للولد
ضرورة امية ام ولد للبايع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري
اجاب بقوله وليس من ضرورة اي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات
ثبوت العتق والنسب للولد لانها كما عند كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى
الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو
ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه ولا في المستولدة بالنكاح بان تزوج
امراة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري
الولد ثم ادعاه البايع انه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما دونه
وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي التبع قوله واما كان الاعتاق مانعا بيان ٥
لما بقية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البايع ومعناه ان الاعتاق من المشتري
حق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض
فلا يصير الفعل احدهما على فعل الاخر ترجيح من غير هذا الوجه وردها اذا باع جارية حبلى

الموت ح

فولدت

فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى
البايع الولد الاخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض
للعتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فكن ضرورة ثبوت
نسب احدهما والحكم بتصيير ورثته حر الاصل بثبوت النسب للاخر ولقايل ان يقول
اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته
في الاخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويكن الجواب
عنه بانا ان ثبت العتق في الاخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر بين فان
عورض بان البايع اذا ادعى السبب في الذي عتق كان ذلك سببا في نقض ما تم
من جهته اجيب بانه غير معتبر به لانه مقصور فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان ترجيح
الاعتاق على الاستيلاد فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبايع
في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة وينقض بالملك
القديم مع المشتري من العدو فان الملك القديم يا خذ بالقيمة وان كان له
حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر
لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويكن ان
يجاب عنه بان هذا حق الحقيقة فيه شبهة لان مبناها على تلك اهل الحرب فاستولوا
عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فاعطت عن درجة الحقايق فيثبتا جميعا
جمعا بينهما والتدبير عندنا لا يمنع الاعتاق ولا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض احكام
الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقد اعتق المشتري الام فعليه
يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فعليه
يريد به عليه نصف ما نقص من الثمن هو قولهما وعند يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا
في فصل الموت وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر شمس الايمة في المبسوط قاضي
خان والمحبوبي انه يرد بما نقص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان
في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولد حين جعلها معتقة للمشتري
او مدبرته فلم يسق لزعمه غرر واما في فصل الموت فموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم
البايع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف
هو ما ذكر شمس الايمة في الجامع الصغير بنا على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه
مخالف لرواية الاصول وليس له ان يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا
لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه
بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من
حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك
فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة قال

ومن باع عبدا ولد عنده فالاصل في هذا انه اذا احدث في الولد ما يلحقه النقص لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عبده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول فهو اينه ويبطل البيع لاحتماله النقص وما للبايع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فنقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير المقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقايل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها في يتساويان ولما الدعوة من المشتري ومن البايع فتساويتان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البته وترجيح دعوة المشتري على دعوة البايع من حيث ان الولد قد تفي بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوءمين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الاخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الايمة يجوز ان يقال غلامان توءمان توءمان وقوله وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الحا فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سوالا وجوابا قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البايع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسئلة التوءمين يثبت بطلان عتق المشتري في المشتري تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فانصرف في لحريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدل به اشارة الى سببها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فلاعتاق لم يصادف محلا فكان لغيا فلا يرد ولا يبطل ولم يكن اصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه لم يتقرر شاهد الانتقال بالمدعي فكان قوله هذا ابتداء مجازا لقوله هذا حر دعوة التحرير ولو قال لاحد التوءمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل رقابته فكذا دعوة التحرير ونقض بما اذا اشتري الرجل احد التوءمين وابن الاخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تنتصر دعوة التحرير على محل رقابته مع عدم شاهد الانتقال اذ الكلام فيه واجيب بان

ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملد اخاه يعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد ملد حانن يعتق عليه ولا يجاد صحة دعوة التحرير قال ـــ واذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبد فلان او ابن فلان الغايب وله على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا اما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان الغايب لا يخلو اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت على التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقرارا وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما فالاقرار بالنسب يرتد بالرد وهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء لا يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فصار كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج الغير عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او رق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تصح وكذلك اورده المصنف وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف فلا يتم شاهد سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء اذا جاءت الام الى جانب الاب وصورته معلومة والنسب لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما افوقي وهو دعوى المشتري كان الملك له قايم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا ابي حنيفة على اصل ابي حنيفة فيمن يتبع الولد ونحا في المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فينقطع

النسب

لا نقل عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله وجعله الولاء جوابا عن استشهاد بها فانه على الخلاف

دعوا بالقرابة بالنسب لغير قال واذا كان الصبي في يد مسلم وكافر نصراني او
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو
عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي التعارض
ولا تعارض ههنا لان الملتقط للصبي واجب و نظر فيما ذكرنا او فر لانه بالاسلام ايظهر
حالا وشرف الاسلام بالادلة الوحدانية ظاهر وفي عكسه الحكم بالاسلام ايطال
الحكم به تبعا وخرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها وقابل ان يقول هذا خالف
الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة
ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او خاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك
واحتمال الضرر بعدم ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد
لابائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لاتحتمل النقض فتعارضت الايات ان في الاحاديث
الدالة على المرجحة بالصبيان نظرا لها لكثرة فكانت اقوى من المانع وكذا الاب يخرج والاصل
عدمه الا تري ان اختيار الغلام بعد الكبر في الافاق ويترك الحضانة لا يلزم رقه
فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعد الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا
والله اعلم بالصواب فلو كانت دعوتها دعوة الميت فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اقوى
النظرين و نونقض بغلام نصراني بالغ ادعى عليه نصراني دنصرانية انها بنتها وادعاه
مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان
في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب
بقرائن النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم
المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يصير بعد الاب المعروف
والوالدان لا يصيران بعد الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى فيه نظر لانه
اضعف من الاسلام في الترجيح لما مر والجواب انه ينتوي بقوله صلى الله عليه وسلم
البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه قال واذا ادعت
المرأة اذا ادعت المرأة صبيا انها بنتها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او مكذبة
معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما ذكرت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزامه
فلا حاجة الى حجة واذا كذبها لم يجز دعوتها حتى يشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل
النسب على الغير فلا تقبل الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان اليمين تحصل بها وهو المحتاج
اليه اذا النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة
على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك
حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر
في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قال لم يثبت النسب هنا بقولها لان فيه
الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها

وان كانت ظاهرة لكن المؤلف
بالبينة مع ظهوره ما يدل التوجيه مع
ابايه

صبيًا

سوا

سوا كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يكن اثباته
بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا يمكنه الاثبات
بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان
انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على
الاعلاق لخا بيه فلا يحتاج ابدا والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيها ولو
كان الصبي في يد بهما او صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ايهما
صدقه ثبت النسب منه بتصديقه وبما بقي الكلام ظاهر قال ومن اشتري
جارية فولدت ولدا حتم بانه ادعى النسب بمسلة ولد المغرور والمغرور
من وطي مراة معتدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم تحقق الوالد وولد
المغرور حرا بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار
ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا
في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية
يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها
وبقول علي بن ابي طالب عليه قيمته وإليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنصوص
الجواز ان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية
بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد
حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لها قوله ثم الولد حاصل
بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعة يعني من
غير تقدم منه فكان كولد المغصوبة اما انه لا يضمن الاب المنع وتمهيد لاعتبار قيمته
يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام
المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا ان المنع لم يتحقق لاعنه ولا عن بدله لان
الارش ليس ببدل عنه والمال لا بيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا بنا لبقي
ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي انه
على حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الدين في حقه
ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضوعها وانه لو قتله الاب
ضمن قيمته لوجود المنع ولكن لو قتله عبد ما جذ دية لان سلامة بدله كسلامة
نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة
الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع لان الام لان الغرور يشملها
بخلاف الغرة فانه لا يرجع به عليها لانه لزمه باستيفائها منها وهي ليست من اجزاء المبيع
فلم يكن البائع ضامنا لسلامته كتاب الاقرار قال في النهاية
ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتعلق من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة

والبائع قد ضمن للمشتري
سلامة المبيع بجميع اجزائه
كما يرجع بقيمة اي بمن المبيع

شبكة الألوكة www.alukah.net

والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الي المدعي عليه
فامر لا يخلو اما ان يقر او ينكر او انكار سبب للخصومة والخصومة مستدعية
للصلح قال الله تعالى وان طايفتان من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما
وبعد ما حصل له من المال لعله بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال اما لا يخلو
اما ان يسترجع منه او لا فان استرجع منه فلا كلام واما ان يسترجع بنفسه
او بغيره وقد ذكرنا استرجاعه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها
هناك بما قبله وذكرهنا استرجاعه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فبقي في حفظه
لغيره وهو الوديعة قال واذا اقر الحر انه قتل الا قرار مستغرق من الاقرار
فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان منزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن
ثبوت الحق وشروطه ستذكر في اثنا الكلام وحكمه انه ملزم علي المقر ما اقر به
لوقوعه دلالة علي المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يتهم فيبقى كاذبا وقد
اعتضد هذا المعقول لقوله صلى الله عليه وسلم الاقرار ولا لزام في باب الحدود
فانه صلى الله عليه وسلم رجمها عز انا قرار والغامدية باعترافها فانه اذا كان
ملزما فيما تندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غير اولي وهو حجة قاصرة
اما حجيته فلما بين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية
المقر علي غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكانه
محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق باتفاء التهمة
فيما يقربه علي نفسه والتهمة باقية في الاقرار علي غيره فبقي علي التردد الذي
لصلاحيته للحجية وشرط الحرية ليصح اقرار مطلقا فان العبد المأذون له
وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح
بالحدود والقصاص وكان هذا عندنا راعن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج
اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم ولم
يلزم فسالت فلا يرد عليه شيء ويصح ان يقال بغير عذر وانما هو لبيان التفرقة
بين العبد في صحة اقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال
دون المأذون له وقوله لان اقراره الي اخره دليل ذلك المجموع والضمير
في اقراره المحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عمد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال
المولي فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط علي الاقرار من
جهة المولي لاذن المأذون بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس
لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاحتراز في كل تجارة يعاملونها
معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيها بقي علي اصل الحرية حتى يصح اقرار
المولي عليه ذلك لان وجوب العقوبة بناء علي الجناية والجناية بناء علي كونه مكلفا وكونه

لغيره وهو الوديعة وان لم يسترجع فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه

فلان يكون

ليس

مكلفا

مكلفا من خواص الادمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي
والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا لانه بحكم
الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحة
الاقرار اذ جاز عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف ملا لا يدري قيمته
او جرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار
قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد
يلزم مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة اجيب بان العلم بالمشهود به
مشروط بالنص والتعاون يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها
تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر شل ان يقول
لك علي واحد من الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المحمل فاليه
البيان فاذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبر الحاكم علي البيان لانه
لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالبالغة وفي بعض النسخ يصرح اقراره
وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قاله علي شيء لزمه ان يبين ماله
قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون
رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فان بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا
او موزونا او عددا يا كوز حنطة او فلسا او حبة فاما ان يساعد المقر له
او لا فان ساعده اخذ والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة
عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب
ولذا لو قال غصبت منه شيا وجب عليه ان يبين ما هو الا حتى لو بين ان
المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح
واختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال لحكمه لا يجري فيما
بين مال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في
قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت ملغية له في بيانه
ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك علي وجه يزيل يده وهو لا يصدق علي
العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان بهما فالجواب ان ذلك
حقيقة وقد تنزل الحقيقة بدلالة العادة فكما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله
علي العادة قال ولو قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال
فرجع البيان اليه للونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الاقل والدرهم والقياس
في اقراره لفلان علي مال قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة
العادة ولو قال له مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا العظم وصف

العظم فلا يخفى فلا بد من البيان بما يبدّ عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغني بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان بقدر فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا فني الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير عشرين مثقالا وفي الدراهم مائتا درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي تجب فيه الزكوة وقال في النهاية والاصح على قوله انه ينبني على حال الفقير في الفقر والغني فان القليل عند الفقير عظيم واضاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموالا عظاما رفالتقدير في ثلاثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا للاد في الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلاثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي فيصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف بها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند اخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله له دراهم وينصرف الى ثلاثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمته فاعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة الدراهم مميز يقع به تمييز العدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعد يميز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة والف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل عاد لعليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم في ثلاثة بالاتفاق لانه اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منه لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المتعاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزنه سبعة لكونه معتبرا في الشرع قال ولو قال كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتبار المفسر فاله نظير في الاعداد والمفسر حمل على اقل ما يتوزن من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فلذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال له كذا كذا درهما كان احد عشر وان ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم التطويف اذا قال له كذا وكذا كان احد

قبله ح

دراهم ح

وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة واحد وعشرين وان ربع يزاد الف ولو قال له علي او قبل فهو اقرار لان علي للايجاب وقيل ينبني عن الضمان علي ما مر في الكفالة ولو وصل المقر بها بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لايجاب حفظ المضمون والمال محله لانه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي لانه اقرار بامانة لان اللفظ يستظهر حيث جاء بعد قوله لا حق لي قبل فلان ابرأتهن الدين والامانة جميعا والامانة اقلها فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما يذكر القدوري ثم يذكر ما ذكر في شرح الاصل لان الهداية تشرح مسايل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده والايداع تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلها وهو الامانة ويتوقف بما اذا كان قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلها وهو الامانة واجيب بانه ذكر لتعيين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهلها لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انقدنها او اجلني بها او قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا فكانه اعاده فصرح لفظه فلا قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا كما قال لا فقد وزنا للناس والكسب المال واتروك الزيوف الباطلة او نقدا او انقد للناس دراهمهم ولما في قوله اجلني بلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما في قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له الف الى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يد لغير وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فتلزم على الصفة التي اقر بها وقد مر مثل المسئلة في الكفالة ويستحلف له المقر على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلا درهم ولو قال

بالدين ح

وربي

قبضتي

علي ح

مائة وثوب او مائة شاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة
اليه لانه المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة
والمبهم محتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدراهم معطوف عليها بالواو وهو
العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فتثبت المائة بحملها اياها كما في
الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار
الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة
الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم
والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات دينا
وجواز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا تثبت في الذمة في جميع المعاملات
حالة وجواز السلم والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على
الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيانا في المجمل الى المجمل لعدم صلاحيته العطف
للتفسير لانعدام الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان
المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجودها بخلاف ما اذا
قال مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل بيانا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين
واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تدل على المغايرة فانصرف
اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة
لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد قال ومن اقر بشيء في فوصرح
الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للاخر فاما ان يذكرهما
بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان ثمرا في فوصرح
وهي بالتخفيف والتشديد وعاء الثمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او خشبة
في جوالق لزماه لانه غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني
كقوله ثمرا من فوصرح وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزما المظروف
لانه كلمة من للابتداء فتكون اقرارا بغصب المذروع ومن اقر بشيئين لم يلزمه ذلك
كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لقي حرف
لا منه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار
بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا
اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب
والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان
لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه بريء
لغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحبائل جمع حمالة بكسر الحاء
وهي علاقة السيف والحمالة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان يرفع البوق

جمع

جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الاصل المذكور قوله لان النفيس
من الثياب قد يبلغ في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال
غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب
حرير لا تحمل وعا للكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء
معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منهما موعى لما حواه والوعاء الذي
هو ليس موعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب
الواحد كان اخر كلامه نفيا وتبيين اول كلامه محالا بمعنى ان يكون في معنى اللين
قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في ازالة
الكسر كما في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جملته الف جزء لم يزد
فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق فصل
لما كانت مسايل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسيلة الخيار
اتباعا للمبسوط قال ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان
يبين سببا او لا فان بين فاما ان يبين سببا صالحا او لا فان كان صالحا مثل
ان يقول امي لفلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا وعينه
حكمه وكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود القرائن
عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم بها انه كان قائما في موجودا وقت الاقرار
بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى
سنتين وهي معتدة فكذلك ولما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة
لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للوصي والموروث يقسم بين ورثته لان
هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت
بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما
انثى والاخر ذكرا ففي الوصية لذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان
كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا
لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان
قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر ولده
بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهو بخلاف
ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة
فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا
تصور النائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد
بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي حنيفة يوسف وصححه محمد لان الاقرار
اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة تجب العمل بها ولا نزاع في صدور

صالحا ح

ح

عن اهلية المفروض وامكن اضافته الى المحل نحكم على السبب الصالح حملا للكلام
الحاصل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد
بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا للكلام العاقل
ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار
العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الاخر والعبد في حال
رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح
اقراره بان الجارية كانت لواحد وهي حملا لرجل ومات والمقر وارثه ورثت الجارية
عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه
الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل
بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلاثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه بما اقر به لوجود
الصيغة الملزمة وهي قوله علي ودخل الخيار باطلا لان الخيار للفسخ والاخبار لا
يحتمله لان الخبر ان كان صادقا فاعطاء بقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم
اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باخباره وانما باشر في العقود ليتغير به صفة
العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه باب الاستثناء وما في معناه
لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء
وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثنا استفعال من الثني وهو الصرف
وهو متصل به وهو الاخراج والكلم بالباقي ومنفصل وحكما لا يصح اخراجه قال
ومن استثنى متصلا بالاقرار ومن استثنى متصلا بالاقرار صح استثناؤه ولزمه
الباقي لما ذكرنا ان الباقي بعد الاستثناء مع الجملة الى الصدر عبارة عن الباقي بمعنى
معنى قوله علي عشرة الا درهما معناه قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط
الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التاخير وقد
عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا
قول الاكثرين قالوا استثنا الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل
على جواز ان قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه
واستثنا الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الاستثنا والحاصل بعد الكل يكون
رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او منفصلا فان استثنى الجميع لزمه
الاقرار وبطل الاستثنا وهذا اذا كان الاستثنا بغير ذلك اللفظ اما اذا كان
بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات
استثنا الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثنا بعين ذلك اللفظ اما اذا كان
بغير ذلك فيصح كما اذا قال لنسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثنا ولو قال
الا عمرا وزينب وسعادا حتى انه على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثنا اذا وقع

هو ح

واذا بان لرجل حملها

وعدم اختياره ح

العروض

بغير

بين اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار تكلما ضرورة عدم
ملكه فيما سواه لان الامر يرجع الى اللفظ فيا لنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل
المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بتبين ذلك
اللفظ فانه لم يكن جعله تكلما بعد الحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ
على المعنى واهمال المعنى راسا فاوجه ذلك اجيب بان الاستثنا تصرف لفظي الا ترى
انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان
كان الست الاربعا لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلث ومع هذا
لو جعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا فكان اعتبار اولى ولو قال له علي
مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مائة
الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا
خلافا للشافعي وقوله فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى العدد وبين ان الكلام
السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر على الثوب وغير مقدر لمحمد
ان الاستثنا ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو
القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فالشيء
المانع بعد تحقق المقتضي وهو التعرض اللفظي وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان
المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقول
الشارحين كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثنا عندهم يعارض
الصدر وليس من شرط المجانسة وليس بصحيح لانه يتوقف بالاخراج بعد الوقوع
بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثنا لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى
فهو اخرج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول هنا ولابي حنيفة وابي يوسف
ان شرط الاستثنا المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم
تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها ايا حكما
فقلنا بتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو التسمية وهو الدنانير والمعدودات
والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها اوصاف باثمانها
فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا وموجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي
المتقارب فانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت
المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص اوصاف فصار تقدير
مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا اوجب بمطلق عقد
المعاوضة بل يثبت او صافه بقيد السلم كبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح
مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثنا من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى
منه فلا يصح الاستثنا ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ

لا ص

ت

اثمان باوصافها ه

سلماء

توجب جهالة المستثنى ح

او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تتقدر
الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس
المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات ولـ ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله تعالى لم يلزمه الا اقرار لان الاستثناء بمشيئة
الله تعالى اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وتمرة الخلاف
تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق
لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق
وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول
فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما الاول لان الاقرار لا يحتمل الاقتران التعليق بالشرط
لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا
قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا امطرت السماء لانه ليس
بتعليق بل هو بيان ان المال يكون ذلك منه دعوى الاجل الى وقت المذكور حتى
لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم ولـ ومن اقر بدار
واستثنى بناءها نفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار
والبناء لان البناء يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول
لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته لا بنفسه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه
قد تعرف لفظي وقد تقدم ذلك والنص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء
في الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا
منها كان كذلك لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار
سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له
لانه اقر بكلامه ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار
لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال
بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء يتبعها بخلاف ما اذا قال بناء هذه
الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لا حالة تتناول
البناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسايل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الانكار
صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر لشخص
بشيء احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين
فان قدم التابع فقال هذه الارض لفلان والبناء لفلان فكما قال لان الاقرار
الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا ليلا يلزمه اقرار على الغير وان قدم المتبوع
فجعلها للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على

او بمعناه كما ذكرنا من حيث
الخصوص في الاستثناء
فلا بد من تقدير التجانس ثم

انما يكون بالنسبة الى المستقبل
وفيه خفاء واعلامه
شرط لا يوقف عليه والتعليق

ولهذا بناء لو يكون مستثنى
اما ان لفظ الدار لما تناول
البناء مقصودا فلانه
يدخل صح
مفهوم

الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما فان كان المتبوع لقوله الارض لفلان والبناء لي كانا
للمقر له بالاستتباع وان كان التابع لقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال
لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح قال ولو قال له
علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه
ولم اقبضه فان ما ان ذكر عبدا بعينه اولا فان كان الاول فهو على وجوه اصرفها
ان يصدق المقر له ويقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما
تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وتبتنا البيع
بينهما فيخير شرطا فالحكم الاخير بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب
ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حمادا رحمه الله
كان حكما بالايدي عبد احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك
ما بعتكه وانا بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر اقراره به
عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كالوقال
لك علي الف غصبتها منك وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين ان
يكون العبد في يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك
اي مع انكار العبد انا بعتك عبدي بدعي لزوم المال بيع عبد آخر تخالفا لان المقر
يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف بيع غير والمقر ينكره
واذا تخالفا بطل المال من المقر لعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف
فلا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به فان
اقراره صحيح رجوعا الى كلمة على وانكار القبض في غير المعين بناء في الوجوب اصلا لان
جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة الحادثة او طارية كما اذا اشترى عبدا ثم
نسياه عند الاختلاط بماثله يوجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المبيع
المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار بوجب الثمن واخره
يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد
المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة او لا فان صدقه فالقول قوله وان فصل لم يصدق
لان اول كلامه للمقر في عدم القبض كما بيناه وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه
او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب واخره قد
يغير لانه يحتمل انتفاء على اعتبار عدم القبض فكان بيانا لتغيير وهو انما يصح موصولا
والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه منا عاليا خره وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان
الحكم في المتاع حكم العبد قوله وبه يتأكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع
لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه
ربما يهلك المبيع في يد البايع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والدعي

او المقر

ليعلم

شبكة الألوكة
www.alukah.net

يدعي القبض والمقر ينكر فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه
الطالب في السبب بشرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الجواب لا يصلح لذلك
ولذا قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الرابط فانك لو قدرت كلامه فان
وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان المقبل وليس
فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جواب محذوف وتقديره فان وافقه الطالب
في السبب والحال انه مجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا
للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت
منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الاي لغا قبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس
من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الدين لجواز ان يوجب البيع والمجب
الثمن كما لو اشتري بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته
القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب
تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال وكذا لو قال من ثمن
خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصلا وفصلا اذا لم
يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الالف ثم زعم انه لم يكن ولجابا عليه
لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين
باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مما لا يجري فيه التسخ والصنعة وقد
اعتاد العشرة شراءها وادلتهما يحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان
اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال لي في اخره ان شاء الله واجاب
بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف
كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال
فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال لا رجوع والرجوع
بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع او ثمن
الف وبين انها زيوف او بهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة
وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او نبهرج على احد قولي ابي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل
وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف
درهم زيوف من ثمن متاع لها انه بيان مغير كان اسم الدراهم اذا اطلقت لا
تنصرف الى الجياد لكنه تحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو نجور به في الصرف والسلم
كان استيفاء لا استبدالا والستوقة مجاز عما لها تسمى دراهم مجازا فامكن ان
يتوقف صدر الكلام على عجز فاذا ذكر ما اخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا
كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا ان هاورن خمسة وقال ابي حنيفة ان هذا

ولو قال له علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه

رجوع

رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا
تحت العقد ليكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا
قال بعتك مبيعا معيبا وقال المشتري سليما فان القول للمشتري لما بينا ان
مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد
على الثمن فلم يكن من محتملات العقد وكان دعواها رجوعا قوله وقوله الا انها
وزن خمسة جواب عما استشهد به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون
استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء
البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي خمسة من ثمن عبد
الا انها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب
بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة لذلك لما رأيناها ضد ان دفعا للتحكم
لعيب بان الرداءة في الخمسة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخالف عنه
اصل الخلقة السليمة والخمسة قد تكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن
مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح
الشراء بالخمسة مالم يبين انها جياد او وسط او ردية وليس في بيانه تغيير يوجب
اول كلامه فصح موصولا كان او منفصلا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف الا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا
على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون
زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارف والمطلق
ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات هم المبسوط وغيره
عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسا
نيات بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة
قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال يصدق
بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد ولو قال
الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عندهم مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى
العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه
نجاز سواء ولو قال غصبت منه الف وقال او دعني الغائم قال هي زيوف او بهرجة
صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا
تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد
كما مر فيكون بيان نوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول
ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل
اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا

قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا من حيث الخلقة فيكون
منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون منوعا وعيبا
والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت
الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها والا يلزم ان
تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تباينها في الصفة فكانت عيبا لان ضد
السلامة عيب واذا لم تتنفيها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتمالها اياها احتمال
جنس لانواعه هذا والله اعلم بالصواب قوله ولهذا اي ولاجل ان لا مقتضى له
في الجياد لو جاء ردها المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف حتى
وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كانوا امينا وعن ابي يوسف
انه لا يصدق فيه مغصوبا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض
وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب او الوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص
موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه يحتمله
مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من
المبيع والقرض والغصب الفا الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثنا
مقدارا كما تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام نحو وضع لان
الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثنا في اخره ولا يمكن ان يتكلم
بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه قال ومن اقر
بغصب ثوب هذا وقد تقدم وجهه ان الغصب لا يختص بالمسلم قوله ومن قال
لآخر اخذت منك الف درهم المقرا ما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله اخذت
وشبهه او على فعل عين كاعطيت فان كان الاول وادعى ما لا يوجب الضمان نحو
ان يقول اخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى
ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى عين ضمن
المقر لانها في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب
الضمان وهو القرض والاخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان
كان الثاني كان يقول اعطيتني وديعة وادعى الاخر غصبا لم يضمن والفرق
انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبريه وانكر الخصم فكان القول قوله
وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل
الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري
فلا يظهر في افساده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ
منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للقرا ما اذا كان كان القول
للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه

ليس

ليس سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان
القول هنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة وقوله وجه
القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر بما يد له واستحقها عليه وهو
منكر والقول للمنكر قوله فيكون القول قوله في كيفية ثبوت اليد
انه بامر يطريق كان كالوقال ملكت عبدي هذا بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن
ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الاخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعة
كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يد فع اليه صاحبها وكذا اذا هبت
الريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله ليس مدارا الفرق اشارة الى الرد على
الامام القمي فيما ذكر ان الردائما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذ تعاينه
فيجب جزاء وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية والاجارة
ترد هاهنا ولكن الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع
الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة
واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة
واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت له عليه او ورثته
القائم اخذتها منه والكل القوله حيث يكون القول قول المقر له لان الديون
تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين
لان الاقتضاء ما يكون بقبض ما لمضمون والاقرار بقبض ما لمضمون اقرار
بسبب الضمان ثم ادعى تلفا اقر بقبضه بايد عيه من الدين مقاصة والاخر
ينكر اما ههنا يعني في صنع الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى قبض الاجارة
وما اشبهها فافتقوا وعليك بتطبيق ما ذكرناه ما في المتن ليظهر التقديم والتاخير
الواقع في كلام المصنف بحسن التدبر ان شاء الله وباقي في كلامه لا يحتاج الى الشرح

باب اقرار المريض افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه
باحكام ليست للصحيح لان المرض بعد الصحة قال واذا اقر المريض في مرض
موته اذا مرض المديون ولم يمت ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل
مال ملكه او استهلكه او مهر مثل مهر امراة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه
بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على
الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان سبب
معلوما او لا يستويان لاستوائهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذ الغرض
فيه الضمان الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة
او مناكحة واما الغرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار
والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته وكما تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه

ادعى صح

بلغ مقابله
بحد الطاقة
واخر

شبكة الألوكة www.alukah.net

ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه
لان حق غرمائه الصحة تعلق بعذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة
في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد
تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالسبب
والموت جميعا فالاستحقاق بضاف الى احدهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين
فانه يوجب بالاقرار بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به
الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية
وان كان ثمة دين الصحة كالعرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو
بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه
بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جايز فان قيل لو تزوج شيخ فانية
رابعة جاز وليست تحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية وان كانت اجيب
بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعين لا صل الوضع لا للحال
فان الحال مما لا يوقف عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة تبطل
حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية بالصون والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء
بمال المديون بطل اقران بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق
الغير غير معتبر كما اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكساب
فيتحقق التمييز فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء به وعن ابي حنيفة حالة المرض حالة عجز عن
فيتعلق حقهم به حذرا عن التوي فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا
وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول به كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك
اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله واخره بعدما تعالجا للموت به
حالة واحدة لانه حالة العجز فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالة الصحة فيعتبر الاقرار ان
جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حال الطلاق وهي حالة عجز فيقرران
فيمنع تعلق حق عزماء الصحة به عن اقران في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في
اول المرض عن الاقرار في اخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة
ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال واما تقدم
المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيتقدم على المقر به فيعتبر
مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني النكاح
ولا تهمة في ثبوته في يمين قال ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح الاقرار بالعين
في المرض كالاقرار بالدين فيه لمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض
ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين
لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للغائب ليكون بين

اذا احاطة الديون بماله وبالزيادة على انه لم يكن عليه دين سوى ما اقر به في هذا التوجيه جواب عما ادعى من الاستواء بين حالة الصحة والمرض من الاستواء بين حالتين لما منع من التبرع والمحاباة ح

والمرء غير ممنوع من الحجر في المرض

الغرماء

الغرما بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه
فيما يصنع فربما يقضي من تخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في
الآخرة والقرف على وجه النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره
قوله الا اذا قضى ما استقرضه استثنا من قوله ولا يجوز للمريض ح
ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى
كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للغائب لزوال يشاركه
غيره لانه لم يبطل حق الغرما واما حوله من محل الى محل بعده لو رايت لو رد
ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع لكان يمنع سلامته للمردود
عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل
فاذا قضيت الديون المتقدمة نوعا فاضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة
المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حقه حجة عليه وانما
رددنا لغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهر صحته واذا لم يكن عليه ديون
في صحته جاز اقران وان كان كل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغرما وكان
المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز
ذلك في جميع تركته فان الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله عليه
السلام الثلث والثلث كثير ولذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في
الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء
الدين من الحوائج الاصلية لان به يرفع الحايل بينه وبين الجنة وحق الورثة
يتعلق بالتركة لشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه
قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر
ببين او دين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه
يصح لانه اظهار لحق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير
ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته فصار كالاقرار للاجنبي وبرائة
اخرو بوديعة مستهلكة للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود
فلما حضرته الوفاة قال استهلكها ومات وانكر بقية الورثة فان اقران صحيح
والمال من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة
ههنا الا ترى انه ان كذبه فاته وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات
مجملا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص
في الباب لكن شمس الايمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول
ابن عمر رضي الله عنه واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل
غير وارث فانه جايز وان لاحظ ذلك ماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه

غير مردود والجواب ان التطوع

قبله

الورثة

وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا حجة مقدم على القياس لان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا وفي تخصيص البعض به ابطال البعض وقد ذكرنا ما ورد ثانيا بالاقرار بوارث اخر وما اذا جنى عبده ولان حالة المرض حالة الاستيفاء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الاملاك وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها تورث تهمة بحصصه والقرابة تمنع عن ذلك فاسبب تعلق حق الاقرار بالمال وتعلق وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لا يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو امتنع عن الاقرار امتنع الناس عن المعاملة معه فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي معاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يسعى من الكسبة معه فلا يحصل الربح ولذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا وهو السوال المذكور انفا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا فصح الاقرار قال ولذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة ما تقدم الا انه ذكرها لتعيد الذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي التصرف في الثلث الباقي لان تعلق الدين محل التصرف جوازا لانعقاد الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما هو الاصل فاذا قلنا الصحيح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميعه له بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض فكما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصيته بل الثلث محلها ليس الا فافترقا قال ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمرا ابدا مستمرا اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة المرض لحجب او لغير واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغير ولا غير فاما ان يكون سبب الارث قائما مستندا الى وقت الاقرار او لا واما ان يكون اجنبي غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت

بدون اجازة الورثة فلا يصح تصرفه في ثلث ماله ح

وغير المستمر ح

مستمرا بالاجماع وفيما كان وارثا ح

فان

فان كان الامتناع لحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولدا واسلم الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوارثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغير كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا باسرها وقد اقر لها بدين فلا الا قل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود قدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها والتهمة في الاقل بيقين وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لاجنبي كما اذا اقر لاخيه ولد ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فنفذ كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الاخ وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغير وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غير وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يورث فيما قبله فيما لم يكن ليس مستندا كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض ثم مات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار بخلاف ما اذا كان السبب قائما عند الاقرار لان التهمة متقررة فصل ذكر الاقرار بالسبب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلاث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله فلا يكون ملدبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غير وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو خاصة ليس فيه تحميل الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جايز سواء كان اقراره لهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه

يكن

يلزمه صح

على ح

وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقرار المأمور كصحته بالاب وهو رواية نخفة
الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والذكر في المبسوط
والايضاح وجامع الصغير للامام المجبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب
والابن والمراة ومولى المعتاقة قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته وقد عرفت
صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج ومولى المعتاقة
والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج
ببيان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لابايهم وعليه الاجماع الا ابن عبد قما
الفروج لان المقر له او يشهد القابلة بالولادة اذا لعرض ان القرائن قايم فيحتاج
الى تعيين الولد وشهادتهما في ذلك مقبولة وقدمر في الطلاق قوله وذكرنا في
اقرار المراة تفصيلا في باب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما يصح اذا
كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة فلا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها
لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق مولاها والمراة شرط
صحة تصديقها خلوها عن زوج اخر وعدتها منه وان لا تكون اختا تحت المقر
ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت
ولذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر لاتفاق ان ذكر
النكاح باق وهو المعتد فانها ولجبه بعد الموت وهي من اثار النكاح الا ترى
انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح ولذا تصديق الزوج بعد موته لان
ان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال
ابو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت وانما عدة عليه ليصح باعتبارها ولا
يصح التصديق على اعتبار الارث لانه بعد ومرحالة الاقرار وانما يثبت بعد
الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب
لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقايل ان يعارض
فتقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها بعد ومة حالة الاقرار وانما يثبت
بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسر ما ذكرتم ويمكن ان يجاب
عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح القايم
قايما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان تكون المراة كتابية
فلم يعتد قايما باعتبار ه قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر
بالغ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فانما ان يكون له
وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا
كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما اقر
بثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر

والولي لما بينا انه اقر بما يلزمه الى اخره وقد ذكر في المبسوط واقرار المراة يصح بثلاثة نفر بالاب والزوج ح ح ح

هذا ح

بشيئين

بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعد والاول اقرار على الغير وهو غير مسموع
والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في ماله نفسه عند عدم الغريم
والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحقه الموصى له وبينة كلاهما لا يحتاج الى بيان
قوله ومن مات ابن فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرنا ان الاقرار على
نفسه صحيح فيثبت ذلك في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور
عن ابي حنيفة رح وان كان المقر اخا ابوين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر
في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقرار تضمن شيئين حمل النسبة على الغير والاستحقاق
في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة
الا ان يصدقه الابنان باخ ثالث ولذلك اخوهما المعروف فيه اعطاء المقر نصف ما في يده
وقول ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يديهما لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين
فقد في حصته وبطل في حصة الاخر وابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
والمنكر ظالم فيحمل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال
ومن مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على اخر مايتا درهم فاقر احدهما
ان اباه قبض منه حمسين لا شيء للمقر وللاخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على
نفسه على غير وهو الاخ والميت قبض على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله
ما يعلم ان اباه قبض منه المايتين ويقبض الخمسين من المقر لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر وان الديون تقضى بامثالها
واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه
اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا
انفا وعورض بان صدق اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل
القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا
المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم يبق على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق
القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة
كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على ان المقبوض مشترك
بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف القرعة الى نصيب المقر خاصة ولم يكن
المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على ان المقبوض مشترك
بينهما لكن المقر لو رجع تبين ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يودي الى عدم الغاية
بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على المقر لزعمه ان
اباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا
القدار فيرجع لتمام حصته ويرجع المقر على المقر له ان بدين على الميت مقدم على
الميراث فيودي الى الدور وقايل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا

اقر ح

لها

كان من زعمه ان اخاه بي اقران ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع
على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه
في زعمه ليس في الرجوع بطالم بل طالب لتمام حقه كما يـــــــ

فقدم الصلح بقول المدعي فعلت
والمحتاج فيه الى قول المدعى عليه
انه اسقاط لبعض الحق ح

في زعمه وقد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو امر للمصالحة خلاف
الصلح والمخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق العقد والبقاء
بتعاطيه وقد بيناه في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عليه الاعتياض ٥
وسيأتي تفصيله ودليله الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع
الدعوي في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وهو يتم بالمستحق بخلاف
الاول لانه طلب البيع من غير ثمن فكان ذلك الغير بعت لا يتم البيع حالا يقال الطالب
قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا وقوله المدعي عليه
في الصلح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراة له في يمينه ان كان منكرا وان كان
منكر الحكمة وقوع البراة عن دعوي المدعي احتمل المصالح عنه التمليك اكلا او تراعه
بحسب احوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسبه البداية على القسمة ٥
الفضلية على ما سندكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة قال الصلح على ثلاثة
اضرب للحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوي اما ان تنكر
او يسلم بجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يجال فيتكلم بما يتصل بمحل النزاع
لانه سقط بقولنا بجيبا وكل ذلك جايز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه
يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا
جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وانما ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح
خير فكان عاما ولانه وقع قولا دان يصالحا في بيان الشرط فكان مستقلا وقوله
والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل
متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على الحر وصلح مدعي
على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك
العمل بالاطلاق في بعض المواضع بدليل لا يستلزم تركه عند عدمه وكقوله صلى الله عليه
وسلم كل صلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز
مع الانكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث
المروي ولان المدعي عليه يدفع المال له دفع الخصومة ودفع شر وهي حرام ولنا ما تلونا
من قوله تعالى والصلح خير واولما روينا من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح
جايز بين المسلمين وتاويل آخر ليسلم اهل حرما بعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او ان لا يتسري
والحمل على ذلك واجب ليلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة

اصل حراما بعينه كالخمر او حرم
حلالا ح

لكان كالصلح على غير لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فاذا ادعى الماخوذ
الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرما بالصلح وكان حراما على المدعي عليه
منعه قبله وحل بعده فرضنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا
صلح بعد دعوي صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار يقتضي جوازه لوجود المقتضي
وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة المدعي او من جهة الاخذ وليس
شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي باخذ في زعمه عوضا عن حقه وذلك
مشروع اما الاول فلان المدعي عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا
مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جايز ٥
لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي ٥
وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع
كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما اذا دفع الرشوة
لدفع الضرر عن نفسه فلا يجايز للدافع وذمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل
فعلى هذا اذا ادعى على اخر الف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا
قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة
عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بانه عدم الجواز بناء على زعم المدعي
اذ في زعمه انه صرف لانه صالح عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال ـــ وان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان
عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في المباعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة
المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاوضين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد ٥
بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها
تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه
بل فيه تفصيل احتجنا اليه الان وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه
اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جايز لا محالة واما ان يكون عن مجهول
على مجهول فان لم يخرج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى عليه حقا
في دار صاحبه المدعي فاصطلحا على ترك الدعوي جاز وان اخرج اليه وقد اصطلحا على
ان يدفع احدهما الاول ما يعينه على ان يترك الاخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه
لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد اخرج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في
دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعي عليه
الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يخرج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة
على ان يترك المدعي دعواه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة
عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز ٥

الدعي ح

واما ان يكون عن معلوم على
مجهول وقد اخرج الى التسليم
لا يجوز وان لم يخرج الى التسليم جاز ح

لغة

مكونه ح

مع الجهالة لان القدرة على التسليم شرط في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع
تقتدر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال وكل منفعة تجوز استحقاقا
بعقد الصلح الاجارة تجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح عن سكنى بيت سنة
الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حيث مرت لا يجوز فان الاعتبار للمعاني
كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة تشترط براءة الاصيل حوالة
والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيهما ويبطل الصلح
احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعي
عليه لافتدا اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي يأخذ
عوضا عما في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها كالهبة
بقوله وتجوز ان تختلف حكم العقد في حقهما كالحلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امرأته
والتحريم المؤبد في حق امها وهذا لان كونه لافتدا اليمين وقطع الخصومة في الانكار
ظاهر واما في السكوت فلا يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
مع ان حكم الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال
واذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها الى المدعي
عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة عن زعمه
والمرء يأخذ ما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي
يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقرار وان
كان المدعي عليه بلذ بد فصار كانه يقول اشتريتها من المدعي عليه وهو منكر واذا صالح عن
عن سكوت او انكار ما استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق ليقيامه
مقام المدعي عليه ورد العوض لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة
عن نفسه فلما ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتغل
على غرض المدعي عليه فيسترد كالمكفول عنده دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه
الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتغاله على
غرضه ونقض ما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه بادفع مع انه بظهور
الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتغل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة
اجيب بان المدعي عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت
الضرورة الموجبة للدفع لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في حين في دعواه
فكان الدافع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده
وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق
فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعي عليه في زوال البعض

البدل ح

المقرر

على ح

عن اقرار واستحق بعض المصالح
عنه رجع المدعي عليه على المدعي
بحصة المستحق من العوض لانه
لكونه عن اقرار المعاوضة تلحقه
كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك
واذا صالح ح ح

رجع الكفالة في يد
الدائن ان تحول في الصلح وان
رجع على المدعي عليه ح

المستحق

العبد ح

المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه ح
ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى
ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته
اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله
او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا الذي بحر لفظ البيع
في الصلح اما اذا جرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ثم صالح عن عن الدعوى
على عبد وقابض فهلك هذا بعد القبض ثم استحق فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما
ادعى لا بالدعوى لان اقرار المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان
لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد ينتفع لدفع ح
الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق ت
في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك
الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال وان ادعى حقا في دار عن
المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا
فصالح على قطعة منها لبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه
وهو على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي ح
والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا يسمع
دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء في زعمه ادعى
والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوي هذا العين صح
ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع
على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين
من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البينة
ليس له ذلك لوصول حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف والوجه
فيه ان الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد الامرين ان يزيد درهما
في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي
مثل ان تقول بربح من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى
وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء
اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله
ان يخاصمه فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما تكون ابرأ من الضمان لا من
الدعوى وقوله بربح براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن
الذخيرة وسئل عن بعض المشايخ عن الواقعات في تعليل هذه المسألة كان قول ابرأتك
عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فلذا ان الخاص غير في ذلك بخلاف قوله بربح

لانه اضاف البراة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريا وبهم من هذا التعليل ان قول صاحب
الدخيرة وله ان يخاصم فيما بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر فصل
لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز
عنه الصلح وما لا يجوز فقال والصلح جايز عن دعوى الاموال الاصل في هذا
ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ٥
بقدر الامكان فاذا كان عن مال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن
المنافع بال كانا او صي بسكني دار مات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة
على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح فاذا
صالح عن جناية العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء
ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن
اعطي في سهولة من اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فعلولي
القتيل اتباع الصالح بدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة ٥
واداء اي على المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر
في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد واما المعنى الاخر وهو مروي
عن عمرو بن عباس فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول
شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا
وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا
القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة اليه واداء اليه
باحسان وليؤد القاتل الى غير العافي في حقه واليا غير ناقص فليس فيه دليل
على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ما لابن عباس انها نزلت في الصلح قوله
وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في
معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة بغير المال ومن حيث ان كل واحد
منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح
صلح ههنا فلو صالحها عن سكنى دارها وخدمة عبدها سنة جاز لان المنفعة المعلومة تصلح
صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على دين ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا فلا
فكذا بدلا ولا يلزم من لزوم العكس فانه لزوم شيء لا يستلزم لزوم لا هو ملتزم الا ترى ان الصلح
عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وانه اذا صالح على ان
يعفوا من عليه عن قصاص له على اخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا
لان كون الصداق مالا متصور عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح
في القصاص ليس كذلك فيلتفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى
صلح المال عوضا عنه يجوز ان يتخذ عوضا عن قصاص اخر وقوله الا عند فساد

الدراهم

التسمية

التسمية استثنا من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني لكن اذا فسد
التسمية بجهالة فاحشة او تسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان ٥
الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصير الى الدية لان الولي ملزمي
بسقوط حقه فيصار الى بدل ماسلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان
بدل الصلح يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صالح على خمر
فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم ما لا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان
ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب
مهر المثل في الفصلين اي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الوجب
الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا
عليهم في ازواجهم وبموضعه اصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضرورات
عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يلزم المسمى صالحا صار كما لم يسم مهرا
ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب
المال فانه لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا
والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من
ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد
الجناية في النفس وما دونها وهذا الصلح عن جناية العمد محال ان الصلح عن حق
الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك والمال ليس بحق في
المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك
رشوة حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص ٥
فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة
لانه يبطل بالاعراض والسكوت ويقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح
على اخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جايز وعن
الصلح على بيت بعينه من الدار بخمسة من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة
لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة لهذا الصلح
والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجا المكفول
له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان يأخذ المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة
لا يصح الصلح ولا يجب المال غير ان في بطلان الكفالة روايتين وفي رواية كتاب الشفعة
والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص وبه يفتي لان السقوط لا يتوقف على العوض
واذا استقطت لا تعود وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس
قد تكون موصلة الى المال فاحترزت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط
حقه بوجه لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير

بعوض

منزله البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية اولا والاول اما ان
يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب
لاتصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لايبطل فيبطل الزيادة
بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير
شرعي فكانت الزيادة ابطالا لدليل القصاص ليس بواجب بمال فكان الواجب ٥
الا بقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بما دون مقدار تراضيا
عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما عن العمد كان كما اذا قتل عمدا واخر خطا
ثم صالح اوليا وهما على اكثر من دينين فالصلح جائز ولصاحب الخطا الدية ومابقي ٥
ولصاحب العمد كمن يجد لرجل دينارا ولآخر الف درهم فصالحا على ثلاثة الاف
درهم فلصاحب الالف الالف والباقي لصاحب الدينار وهو الثاني كما اذا صالح على
مؤجل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه
يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين بدل
الصلح ولو قضى القاضي باخذ مقادير الدية مثل ان قضى بماية من الابل ثم
صالح اوليا القتيل على اكثر من مايتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء
في الابل وخرج عين من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان مايعطى عوضا عن
الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض
المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باخذ المقادير بزيادة
على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا ——— ولا تجوز عن دعوى حد الاصل في
هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او شارب
خمر واراد ان يرفعه الحاكم فصالحه الماخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح
باطل وله ان يرجع عليه بادفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى فالاعتياض
عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا ادعى امراة
على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المراة النكاح وقالت
انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على ماية درهم فالصلح
باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشرع الى
رجل الى طريق العامة فصالح واحدا من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا
يجوز انفراد واحد منهم بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت
على طريق خاص فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهله
فتظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل
رضى الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام
على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين وبيعها في بيت

المال

الى صح

او اسارها

المال لان الاعتياض للامام عن الشرلة العامة جايز ولهذا لو باع شيا من
بيت المال صح وحد القذف داخل في حقوق الحدود لان الغلب فيه حق الشرع
ولهذا لايجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال واذا ادعى رجل على
امراة نكاحا هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره بما يجب
اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا
في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطي ٥
الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم يقبل لان ما جرى
كان خلعا في زعمه ولا فايدة في اقامتها بعد وان كان مبطلا في دعواه لم تحل له
ما اخذ بينه وبين الله تعالى وهذا عام في انواع الصلح الا ان تسلمه
بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسالة وهي
ما اذا ادعت امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذلته لها اختلف نسخ المختصر
في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج
باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها لم طلقها ووجه الثاني انه بذل لها لترك الدعوى
فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا ملكت
ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة
لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شي يقابله ٥
العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال
اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لانكان
تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على جيوان الى اجل في الذمة ولا
يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الجيوان
ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز لانه يثبت
لا يثبت الولاء لكفار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء لانه صالحه
بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد
الماذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين اولا وان قتل
عبد المولى للعبد الماذون رجلا عمدا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين اولا
والفرق ان رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه
بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي اي
صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال
مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هنا اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه
فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كالزليل عن ملكه فصار
كانه مملوك للمولى ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح كانه شراء وهو يملك

ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح
والحوالة بالعرف بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز ولجيب
بان المكاتب حر ايدا والكسابه فبخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه
وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان
يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه قد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم تجب البدل
في حق المولى فتأخر اليها بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان
لم يصح في حق المولى فصار كما لو صالحه على بدل موجل يؤاخذ به بعد العتق ولو قتل
ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يتبعه بشيء مما لم يعتق فكذا هذا
قال ومن غصب ثوبا من يهودي فقوم من اهل الكتاب بنسب
اليهم الثوب فقال ثوب يهودي انا خصمه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة
فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة وقالا
يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى
الصلح غالبا وقيد بالتقويم احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم
او دنانير جائز بالاجماع سواء كانتا اكثر من قيمته او لا ولكن القبض شرط
وان كانتا باعيانهما ليلزم الكالي بالكالي وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن
الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب
اذا كان قائما جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود
لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز
بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان
كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة وعندهما مقابلة قيمة المغصوب
فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها
بلا تغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على ثمر فان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن فيه الناس لانه يدخل تحت تقويم المقومين
فلا تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك
باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا ولتمار
ترك التقويم كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابقا
فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح
يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد لا ربا بين العبد والدراهم كالوكان
العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى تؤديه فهو الاصل في الغصب وانما تجب القيمة عند
تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضروريا لا يصار اليه

الاعند

الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البذل عوضا عن العين وهو خلاف
الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربوا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة
في القيمي وذكر في التعليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات
ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فجينئذ يصار اليها ويمكن ان يجاب
عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل بنفسه الى
القيمة الا بالقضاء فجعله اذا تراضيا على اكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا
بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه
على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز
لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من
الدية على اكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز ولجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف
على اثر فكان كالدين والدين بالدين حرام وحتى لو صالحه على ذلك حالا جاز وبان
البدل حصل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض
بدليل ابي حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك والاستهلاك من الغاصب
لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما جاز ولجيب بان البيع يقتضي تمام الحقيقة لكونه
تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيملك تصحيحه استطالا
ومحتة لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين
الى اخره ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم من
اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان
موسرا ويسعى العبد بـــــــــــ التبرع بالصلح لما كان
تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح
لان الانسان في العمل لغيره متبرع قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل
رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عمن وكل في رواية المصنف
وروى غير ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على
الموكل كما في قوله تعالى واتل واتلو عليهما وهذا كما تزى يدل بظاهره على ان
الوكيل يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا
الوكالة قال المصنف وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد وكان
الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا
ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه حينئذ مواضعة بعقد الضمان لا بعقد الصلح
اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو نظير له البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر
وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو ان لا يكون

الدليل ع

قيام ع

يلح مقابلة بحب الطعام

نزده

المصالح في المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فهما ان
الصلح معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل ذلك جايز امع الاجنبي
جوازه مع الخصم قلت وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه
ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال ضمان نفسه او لا فالاول
هو الوجه الاول والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه او لا فالاول هو الوجه الثاني والثاني
اما ان يسلم المال المذكور او لا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن سرد وجهان
احران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا او منكرا وكل منهما اما
ان قرن بدا التسليم او لم يقرن وقد ذكر حكم المنكر وبقي حكم المعرف ولكن عرف
وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكر
بقوله فله العبد الخفيف ووجه آخر اما وجه الاول فانه اذا صالح وضمن الصلح
لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي
والخصم سواء لان الساقط فظير لا شيء وشغله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصلا في هذا
الضمان اذا اضاف الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المراة اذا ضمن المال ويكون
متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره
فانه يرجع ولا يكون هذا الصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للصالح
وان كان المدعي عليه مقرا واما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه
بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة واذا سقط لم يبق شيء فلا يثبت له بعد
ذلك ولا فرق في هذا اي في ان الصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم
مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي بالعكس
اليه واما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير الصالح مشتريا ما في ذمته بالادي
الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا
بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان الصالح تصير مشتريا لنفسه
اذا كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه
الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر قال ابن قوله فالعقد موقوف اختيار بعض
المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الفي بعد على الصالح والتوقف فيما
اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواي على فلان فانه بيقف على اجازة
المدعي عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غيرما ذكر في الكتاب
ذكر في الوجيز وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله اعلم بالصواب

الصلح في الدين لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي شرع يذكر في هذا الباب حكم
الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم قال وكل شيء وقع
عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة

لم تحمل الصلح على المعاوضة بل استيفاء الحق واسقاط الباقي وقيل بعقد المداينة
وان كان على الخصم كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف درهم
جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف درهم كذلك
فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يحمل على الصحيح ما امكن
وجد لتصحيحه معاوضة لا فضى به الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى
وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح ويجعل على التأخير
الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا
فان لم يكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان
الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فيصير جعله معاوضة اذ التعرف
في الديون في مسايل الصلح يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم
بالدنانير نسيئة فلا يجوز ولذا اذا كان له على الف مؤجلة فصالح على خمسمائة حالة
فانه لا يكون حمله على اسقاط لان المحال لم يكن مستحقا بالعقد فيكون استيفاء لبعض
حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثلها من
الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي
ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد
ان اجعله الربوا وهذا لان خرمة الربوا النسايست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل
لحقيقة ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت
بالعكس جاز والاصل ان المستوفي اذا كان ادون من حقه فهو اسقاط كما في العكس
وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن
جعله استيفاء فيكون معاوضة الف خمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل
اذا كان الف درهم بهرجة فصالحه على الف تنقد بيت المال هو اجود من البهرجة
وجاز الصلح والزيادة موجودة لجانب بيت المال ولا عبرة بالصفة اذا لم يعتبر العقد
في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كمسئلة الاول
فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردي
فيه سواء ابيد ابيد ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم
حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت
حالة واسقاطا كذلك وتأجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد اولان معنى
الاسقاط فيه اظهر لان معنى الصلح على الخطيرة والحط فيها اكثر فيكون الاسقاط
اظهر من معنى المعاوضة قال ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف
درهم حالة فقال اقبلي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء

قيل معناه فصل فصوبري في الحال ويجوز ان يكون معناه فاذا ايد غدا ذلك فصوبري
من الباقي فان لم يدفع اليه غدا حسمايه غدا الخ كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يلزمه عليه لانه ابرا مطلق اذ ليس فيه ما يفيد الا الحال حسمايه
عوضا حيث ذكر ما هو كالعوض وهو على ولا اداء الا بصلح عوضا لان حد المعاوضة
ان يستفيد كل واحد ما لم يكن ملكا والا فاستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجري
وجوده اي وجود حيل الا داء عوضا يجري عدمه مبقي الابرا مطلقا وهو لا يعود
كما لو ابرأه ابرا فان قال ابراتك عن حسمايه من الالف علي ان تؤدي غدا حسمايه
ولما ان هذا ابرا مقيد بالشرط والقيد بالشرط بفوت بفواته اي غند فواته ٥
فان اشتغال الشرط ليس علة لاشتغال المشروط عندنا لكنه عند اشتغاله فاتت لبقاء به على
العدم الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدا بذكر حسمايه
في الغد وانه يصلح عوضا حذارا فلاسه او توصلا الى تجارج ارنح فصلح ان يكون شرطا من
حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنه تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزا كما كان بين العوضين وقد تقدر العمل بمعنى ٥
المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكانه منها قول موجب العلة اي سلمنا
انه لا يصح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا يأبى ان يكون مقيدا. بوجه اخر وهو الشرط
قوله او لانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على ٥
على الشرط لاحد المعنيين لما لوجود المقابلة واما ان مثل هذا الشرط في الصلح
متعارف بان يكون تعجيل البعض مفيدا لابرا الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا
فصار كما لو قال ان لم يتند غدا فلا صلح بيننا قوله والابرا ما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل
التعليق به جواب عما يقال تعليق الابرا بالشرط مثل ان يقول لغريمه ان دخلت الدار فانت
مني ابرأ ان ادبت الي حسمايه فانت بري من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد
بالشرط هو التعليق به فكيف كان جايزا وجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا
فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك ٥
واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عزمه ان يزول ان لم يوجد الشرط
وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال بعزمه ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك
ان في الابرا معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف محضه على القبول كما في الطلاق
والعتاق والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سايرا التمليكات وتعليق ٥
الاسقاط المحض جايز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع
والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابرا لما شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان
فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان عرف الشرط ويحتمل التقييد
به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن ثمة حرف الشرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان

مقيدا

مقيدا بالشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر قوله كما في حوالة متعلق بقوله يفوت
بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل
تقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله
وسيخرج البداية بالابرا وعد بالجواب عما قال ابو يوسف كما اذا بدا بالابرا واذا تأملت ما ذكرت
لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الثانية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه
على خمسة ان رب الدين في تقابض الابرا بدا البعض لا يخلو اما ان بدا بالاداء او لا فان بدا
به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقيا الباقي على المديون مرتبا عند عدم الوفا بالشرط او لا ٥
فان لم يذكر فهو الوجه الاول وان ذكر فهو الوجه الثاني وان لم يبدا بالاداء لا يخلو اما
ان بدا بالابرا او لا فان بدا به فهو الوجه الثالث وان لم يبدا فلا يخلو اما ان بدا بحرف
الشرط او لا فان لم يبدا فهو الوجه الرابع وان بدا فهو الخامس اما الوجه الاول فقد
ذكرناه والوجه الثاني ظاهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني
على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابرا صار مطلقا ثم يذكر ما بعده وقع
الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا
يتقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع
وجمعه انما اذا لم يوقت للاداء ومتى ظهر ان اداء البعض لم يكن بعرض للزوم واجبا
في بطلق الاذبان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يكن
لاجمعة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابرا
لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا اقرلك بالك حتى ترضى عني او حط عني
بعضه فعمل اي احرا وحط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا
يتمكن من المطالبة في الحال ان اخر وابرا ان حط لانه ليس يمكن من اقامة البينة
او التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يتمكن ان تصرف المضطر لتصرف
عين فان من باع عينا طعاما يأكله لجوع قد اضطر فيه كان بيعه نافذا ومعنى المبلغ اذا
قال دلني محرزا اما اذا قال علانية فيوخذ المقر بجميع المال في الحال فصل
في الدين المشترك اعلم بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد
قال واذا كان الدين بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه
بالخيار ان شا اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شا اخذ نصف الثوب من الشريك
الا ان يضمن شريكه ربع الدين فاتبعا جميعا وشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض ٥
واصل هذا ان الدين المشترك بين شخصين اذا قبض احدهما منه شيئا فصاحبه بالخيار
في المقبوض وهو الدراهم والدنانير وغيرها ان الدين ازداد جزءا بالقبض اذ مالية الدين كالمتار
عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمر وله حق المشاركة
في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمر والولد لما جاز تصرف القابض

بلغ مقابلة
والله اعلم

وكله

في المقبوض كالاجور لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بعد ان الاخر اجاب بقوله لكن المقبوض قبل ان تختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه وبقيد قبضه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيد الصفقة بالواحدة احترازا عما اذا كان عبد بين شريكين باع احدهما نصيبه من الاخر بخمسماية وباع الاخر نصيبه منه بخمسماية وتتابعا عليه صكا واحدا بالدراهم ثم قبض احدهما منه شيأ لم يكن للاخر ان يشاركه منه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب اخر ملا حيث الشركة بينهما بأتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد عليه هذا وبيان ذلك اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفقة وانما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مايه ونصيب فلان خمسماية ثم قبض احدهما منه شيأ لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان تعرف التسمية في حق البايعين كتعرف الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان كان نصيبه خمسماية تحمه والاخر خمسماية شوه لم يكن للاخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية تفرقت بين نصيب احدهما عن الاخر وصفا ولعل السنف انما ترك ذكره لاندراجه تحت الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا نزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صلح على شيء ولما استوفى نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشارك فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما اشتركا في المقبوض لابد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال ولو اشترى احدهما نصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كلا اي من غير خيطة وتراض لان سبب البيع على المقاصة ومثله لا يتوهم فيه الاعتراض والخيطة بخلاف الصلح لان بناءه على الحط فلو الزمناه في الصلح بتضمين ربع الدين لبقية تضرر فتخير القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقد فان قيل عب انه ملكه بعقد كان بعض دين مشترك وذلك يقتضي بين الاشتراك في المقبوض لجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان ذلك يقتضي الاشتراك لا ان يقع بامر مشترك بل باخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت

وقيمة حصته مشترك ح

نصيبه م

لانه في

لانه في ذلك لان العقود عينا كانت او دينا لا سبيل في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر لها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين ان يكون الماخوذ من الدين المشترك وكان للشريك سبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه من العقود وشراء السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم بان لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له المشاركة فلان لا يشاركه كيلا يتملك ماله عليه فاندفع باطل فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوبي ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلثة لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه ثابت بنفسه لا مقتضى بناء على ان احد الدينين قضاء عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصيبه كانت المطالبة بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر لهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكرنا من صحة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف وذلك لجواز ان يكون المصنف قد الحق على رواية لمحمد مع ابي حنيفة ابو يوسف اعتبر التاجيل لكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الاخر بانضاف احدهما بالحلول والاخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولنا ان يقول بتاجيل البعض هل يتميز احد النصيبين عن الاخر او لا فان لم يتميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان تميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين لا يستلزم التاجيل الامتياز فان قبل فقد جوزا ابراء احدهما عن نصيبه وذكرا ابراء يوجب التميز بكونه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة بقبض وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء موجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك او الاتحاد وما شئتم قسمة فذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراد احد النصيبين ليحل المنفعة بالاشتراك فيه الاخر وذلك يقتضي وجودهما لاستحالة ارتفاع الشركة من اوزانه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يد المشتري قبل القبض لان ضمان الهالك تقاص بقدره في الدين وهو اخر الدينين فيصير قضاء

كما في

ح

لانه في

نصيب ح

نصف ح

نصيبه ح

نصيبه ح

بعضه ح

تقتضي ح

عم

من لو زمه ح

للاول ولكذا اذا استاجر من الغرم بنصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه
كان له ذلك لانه صار مقتضيا بنصيبه وقد قبض مالكه حكم المال من كل وجه
عند ورود العقد عليه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه
عند ورود العقد عليها ولذا الاجارة خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا دعى اثنان
على ثوب المديون فاحرقه وهو بيد ذي نصيب المحرق واما اذا اخذ الغريم ثم
احرقه فان للشريك السالك ان يبيع المحرق بالاجماع لمحمد ان الاحراق اتلاف
لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة
فجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه متلف نصيبه بامنع لا قابض لان الاحراق
اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من
الدين لم يكن للاخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج
بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من
حصته شيا مضمونا بل الشركة فانه تملك به البضع وانه ليس بمال متقوم
ولا مضمون على احد فكان كالحماية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان
التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بقيمة فكاني قبض دين المهر الواجب
للمراة اخر الدينين فيصير قضا للاول فيستحق القضاء والصلح على نصيبه
بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه
قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطا يرجع عليه فاطلق في الايضاح فقال
ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم شريكه شيء لان الصلح عن الموضحة
بمنزلة النكاح وادى بانه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا
لشيء قال واذا كان السلم اذا كان اسلم رجلان في كرحنطة فصالح احدهما
مع المسلم اليه على ان باخذ نصيبه من راس المال و يفسخ عقد السلم في نصيبه
لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد لا باجازة الاخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من راس
المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح باطل
وقال ابو يوسف جاز استحسانا بسبب الدين فان احد الدينين اذا صالح المديون
عن نصيبه على بدل جاز وكان الاخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض و بين
ان يبيع على المديون نصيبه لذلك فهنا وبا اذا اشترى عبدا فقال احدهما في
نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخا كعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما
احدهما انه لو جاز بانا ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان
الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتعيين ولا تعيين
الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لتناوله بعض
نصيبه فوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شراء العبد

وقوبن

وقتريس بخلاف شراء العين فاما اذا اختونا فيه النسق الاول من التزويد لما يلزم المذكور
المحذور وهو في السلم وهو قسمة الدين قبل القبض واستظهر المصنف بقوله وهذا
لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد
قام بهما لا ينفرد احدهما بفسخه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من
راس المال لان الصفقة واحدة وفي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصا
لح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حينئذ ليسلم له ذلك القدر وقد
كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين
المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاشاركه صاحبه في النصف رجع
المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل
الدين واخذ يوزن بتقدير المبدل لا بسقوطه بل بقيا صان ويثبت لكل
واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون
فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا الى المتاخرون من مشا
هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا راس المال وعقدا عقد السلم واما
اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهو لاء نظروا الى الوجه ٢
الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا قرن في ذلك بين
ان يكون راس المال مخلوطا او غير وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز
وهو لاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك
باعتبار شركتهما في المقبوض ولا شاركه عند انفراد كل منهما بما خصه من راس المال
ومنشا اختلاف المتاخرين في ان اختلاف المتقدمين في صون خلط راس المال
او على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب
الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الاخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف
ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل
وليس بسديد لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد
العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا فصل في التخارج التخارج من الخروج وهو
ان يصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه التاخير قلة
وقوعه فانه قلما يرضى احد ان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج
من الورثة ذلك عند رضاء من به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسئلة
ذكرناه في مختصر الفوائد الرسالة قال واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا واذا كان
التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا
جاز قل ما اعطوه او كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود وكان فيها شرط سنذكره
وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء

لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار
حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى
النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى
تسليم فلا يفضي الى المنازعة فصار كمن اقر انه غصب من فلان شيئا واشتراه منه
جاز وان لم يبين مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو ما روى
محمد بن الحسن عن جدته عن عمرو بن دينار ان اخوين لساعبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي بما
تركان طلقها في مرضه واختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت
له اربع نسوة واولاد فخصها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها
على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزأ واخذت بعد الحساب ثلاثة
وثمانين الفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين الف
دينار وان كانت التركة فضة فاعطوها ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف
الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث
الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا للوفاة في يده يكتفي ذلك القبض في القبض
السابق لانه قبض ضمان مضمون عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس
العينان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان نابه احدهما مناب الاخر اما اذا
اختلفا فالمضمون ينوب عن غير المضمون والامر بالعكس واما اذا كان الذي في يده بعينها
مقرا بالوفاة فلا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه
قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك
فصالحوا على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس ليكون نصيبه بمقابلة الزيادة بحصته من بقية التركة كان مساويا
لنصيبه او اقل او لا على مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا اما اذا كان مساويا
فلزيادة العروض وان كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا
ففيه شبهة ذلك فيفسد ويصحح بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر
ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا العقد وقيل
يطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعى ميراث
زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان
المدفوع اليه حينئذ لقطع المنازعة ولا فتداء اليمين وليس في ذلك ربا ولو كان بدل
الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التناقض في المجانس وان لا ولو كانت التركة
دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز لين ما كان صرفا للمجانس الى خلافه كما في
البيع لكن لا بد من القبض في المجانس لكونه صرفا فان كان في التركة

دين

دين على الناس واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان كل
من صالح عن الدين ويكون الدين لهم صح باطل في الدين والعين جميعا اما في
الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح
واما في العين فلاتخاذ الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأوا الغرماء منه
ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه استقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو
جايز واحرى ان يجوز اقتضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي هذا الوجه ضرر
ببقية الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء
وفي الوجه الثاني لزموا العقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير
من النسيئة والاوجه ان يقترضوا مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين فيخلص
الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير
معلومة فاصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا وهو قول الشيخ
الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من
ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال
ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان يحتمل ان يكون نصيبه من
ذلك اكثر فيها اخذا واقل ففيه شبهة الشبهة وليست معتبرة ولو كانت التركة
غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او
غير ذلك قيل يجوز لكونه بيعا او لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء
غير العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها
ليست مفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فلا تحتاج
الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلم
مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا
او عين ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة والثاني
لا ينبغي ان يصالحوا مالم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وايا
القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا ووجه الاستحسان ان
الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة
قبل قضايه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرر
عن الورثة كتاب المضاربة قد ذكرنا وجه المناسبة

المصالح ع

في الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الارض وسمي
هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى واخرون
يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف
فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا وشرعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني

بالمال عني عن التصرف فيه وبين محمد في التصرف دفع الدين اي خالي اليد عن المال فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغبي ورفع الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال لفظ يدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاوضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فبيننا وشرطها كون الربح مشاعا وكونه معلوما وكون نصيب كل واحد منهما معلوما فان فات شرط منها كانت فاسدة وفي ما تبطل العقد بنوعيه وفاسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم بيان ان ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون به فقررهم على ما روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم امر بعامة من اضافر السنة على ما عرف وعاملت به الصحابة من غير نكير فكان اجماعا قال ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده المدفوع الى المضارب اي المال امانة في يد لانه قبضه باذنه لكلا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال ببعله وهو شايع فان فيشركة فاذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجر على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره في ـــ المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاطلاق وكان فيه نوع خفاء لانه قد يعقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما ذا فسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشار الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تجوز المضاربة الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف وفلوسا رابجة عند محمد وما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عروضا وقال ـــ بعها واعمل به مضاربة في ثمنها جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالراء المهملة ٥

والاجارة بالزاي المعجمة وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك ليلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال للغاصب الذي في ذمتك فانه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة فلان هذا توكيل لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الى آخره واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للامر فيصير مضاربة ولا يجوز ذلك ٥ قال ـــ ومن شرطها ان يكون الربح ومن شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء منافي له واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الآخر فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فيقطع ٥ الشركة وهذا الى وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال بالعقد وانتفى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه نماء ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالقدر المشروط عند ابي حنيفة قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده لعدمه وقال ـــ محمد يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجر واجر يجب بتسليم المنافع كما في اجر الواحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب لشيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا اذ الامر انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يوجد حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجايز اذا كان العقد الفاسد مثل انعقاد الجايز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند العمل وان تلف المال في يد من له اجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك

شبكة الألوكة www.alukah.net

لوجهين احدهما الاعتبار بالجابز والثاني ان راس المال عين استوجر المضارب
ليعمل به هو لا يعين فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب
بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في ذلك
الوقت لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت
الواحد كما لا يمكن اجير الواحد ان يوجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد ٥
وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة وعندهما
هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا
بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال لهذا العمل
من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند
ابي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي فالاصح انه لا ضمان
على قول الكل لانه اخذ الكل بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحيحا وفسدت
امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد ان يكون امينا
وله ولاية جعله امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في
نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جملي فقال كل شرط
يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح كما اذا قال لك نصفه الربح الا
او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها
فانه يفسد العقد لاختلاف مقصوده وهو الربح في الصورتين المذكورتين جعل
المشروط من الربح في مقابلة العمل واجر المثل والارض فكانت حصة العمل
مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط
الوضيعة على رب المال اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال
ولما يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب
جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن العلة مطردة
والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة
واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم
صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس بمصير وقوله بعد هذا بخلاف وشرط العمل
على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال ولا بد ان يكون المال
مسلما الا بد ان يكون راس المال مسلما الى المضارب ولا بد لرب المال فيه بتصرف
او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة
لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من
التصرف فيه وتبقى يده غير ممتنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين
فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد

لانه

لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان
المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة
وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاؤه يمنع التسليم
الى المضارب ولنا احد المتفاوضين واحد شركي العنان اذا دفع المال مضاربة
وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا اشترط العاقد
الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال
والا فان كان الاول كالاب والوصي واذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط
العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة
فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جايزا وان كان الثاني
كالماذون بدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يتصرف
ثابتة فتنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قياس ما ذكرنا عن صحة
المضاربة قال ولا بد ان يكون المال مسلما لا بد ان يكون راس المال
مسلما واذا صحت المضاربة مطلقة اراد بالمطلق ما لا يقيد بزمان ولا مكان
بان تقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فتجوز المضاربة
ان يبيع نقدا ونسية ويشتري ما يدا له من سائر التجارات لان المقصود هو
الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويمنع
ما هو من صنع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها
من صنعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنعهم ولفظ المضاربة مشتق من
الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له
ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة انه ان دفع اليه في بلد المضاربة ليس له
ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلد له
ان يسافر الى بلد لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع
امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه
الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها
من صنع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال ٥
او يوكله اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا بد جوازا ذن الماذون
لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لم تختلف
باختلاف المستعملين فانها امثال لما بجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة
تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل
فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن الباقي سيجيء في مواضعه بخلاف
الايداع والابضاع لانعدامه وبه يتضمنها وبخلاف الاقراض فانه لا يملك به

شبكة الألوكة www.alukah.net

وان قيل لما اعمل برايك لان المراد منه التميم فيما هو من صنع التجار وليس لهالارض
منه لكونه نزعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز
الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط مال نفسه فمن صنعهم فيجوز
ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برايك فان قيل اذا كانت المضاربة
من صنعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها فقدت جهة الجواز فينبغي ان ترجح
على جهة العدم اجيب بان كلا من الجهتين الجواز صالحة للعلة فلا ترجح بها على
غيرها كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له
ان يجاوزهما لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه
فائدة من حيث صيانة المال من خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار
باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب
رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من تخرجها من تلك
البلد لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى
غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري ربحه له لانه تصرف فيه بخلاف
امر فصار غاصبا وان لم يشتر ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع
المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقايه في يد بالعقد
السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زايلة واذا زال العقد
لا يرجع الا بالتجديد اجيب باند على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل
لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والشرط خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف
الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج
واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده
الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاءين

وهو ضامن للشراء بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه عينه وببعض اخر في غير ولربه وعليه
وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة فليس من ضرورة
صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة
متحدة في ذلك فتتغير بها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا
استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير
والمبسوط قال المصنف والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد
الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج واما شرط الشراء بعني
في الجامع الصغير للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال لتعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه

وجابه ح

صح

صح بالجر والولاية اليه ونوقض بالوكيل على ان يبيع بالنسية ولا يبيع بالنقد
فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل
وجه مشيع وغير كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح
ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص بلد وسلعة وقد تقدم والثاني
كصورة النقض فان البيع بنقد اثمن كان في ثمن النسية خير ليس الا فكان التقييد
مفيدا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مقيد من حيث ان البلد ذات اماكن
مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط على المودع الحفظ في محلة ليس له
ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار فيها باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه
وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كما لو اصل كما اذا شرط الايتان في السلم
بان يكون في المصر ولم يعين المحلة فانه يتعين ناحية التفريح بالنهي لولاية المجرد
يتبرع عند السكوت عنه ومعنى التخصيص ذكرنا لنا ظا يدل على التخصيص وتقدير
كلامه ومعنى التخصيص بحصل بان يقول لك اولك اني نصف الالفاظ والغرض من
ذكر التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ان العبارة
منها تقييد واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد
هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا به
ليلا يلغوا واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة
وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان كذا وقال خذ
وتعمل به بالكوفة مجزوما او مرفوعا وكلام المصنف يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة
او قال التعمل به بالكوفة ولم يذكر المصنف لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد
اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح ان يبتدي بقوله على ان تعمل
كذا او بقوله او تعمل في الكوفة او بغيرها وهو واضح لكونه لكنني بصح جعله
متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا والمقيد منه معتبر وهذا يفيد
صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة وقوله
فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفا فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب
للشيء تفسير له ولذا قوله خذ بالنصب على الكوفة لان الباء للالصاق ويقتضي
الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها
واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة وبيروا و
اوبه اعقب ما يصح الابتداء به اما بعد الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء
به فاعتبر كلاما مبتدا فجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان لك فان قيل فلم لا
تجعل واو الحال كما في قوله اذا الفاوات هو اجيب بعدم صلاحيته لكن لك
فهما انه العمل انما يكون بعد الاخذ فلا حال الاخذ ولو قال خذ مضاربة على ان تشتر

التخصيص ح

تقدم جعل متعلقا بما ح

خذه بالنصب بالكوفة او قال ح

بجر الواو فواضح واما بالواو
فلانه مما يجوز الابتداء به
فاعتبر كلاما معتبرا فجعل
مشورة كانه قال ح

ب

من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا الزيادة الحقه به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء وافتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او ادفع في الصرف على ان تشتري به من الصارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فايدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفايدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معنى بعين قوله وهذا هو المراد عرفا لا بما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراء من كوفي لا من غير سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة اللفظ العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم تخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان قال — وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او غيرها كالمحارم عليه بعقد لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالربح لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله لا شترى عبدا ليبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض فلم يتحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد يعاد على المشتري فقد عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قوله متى وجد نفاذا احترازا عن الصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البايع ويرجع المقبوض البايع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لان في مال المضاربة دينا عليه واما شراء من يعتق على المضارب فقيه

لعقد

تفصيل

تفصيل اما ان يكون في المال ربح او لا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يستتبع نصيبه ويفسد نصيب رب المال لامتناع جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة ويعتق الكل عليهما عندهما على الاختلاف المعروف في جزي الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود واذا اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبهم منهم لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع عين كامرأة اشتريت ابن زوجها فمات وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال وحصة رب المال من الربح لانه اكتسبت مالية العبد عند العبد فسعى العبد فيه كما في الوراثة قال — وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطيها فجات بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسماية والمدعي موسر فان شا رب المال استسعى الغلام في الف ومايتين وخمسين وان شا اعتقه ولا يضمن المضارب شيا وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ما ان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فلو كان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حلا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البايع ثم باعها منه فوطيها فعلقت منه لكنه اي الاعلام لم يفد لعقد شروطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اجناسا كل واحد منهما يساوي راس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فيبقى كذلك ويتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها راس المال فان راس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الاخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناسا مختلفة والفرسان جنس واحد

الف بالنصف ج

يقسمان جملة واحدة واذا اعتبر اجملة حصل البعض ربحا بخلاف العبد من انهما
لا يقسمان جملة بل كل واحد يلون بنيهما على حالة لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند
ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما وعنده ايضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت
القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة
الغلام على مقدار رأس المال وقد ظهر الربح وتفد الدعوى السابقة لان سببها كان
موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال
المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك
انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك
لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك واما ما نحن فيه فجاز ان ينفذ عتقه حدوثه كما
اذا اقر بحرية عبد غير ثم اشتراه فانه يعتق عليه فاذا صحت الدعوى ونفذت
ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد
شيئا لان عتقه يثبت بالسبب والملك والملك آخرهما فيضاف اليكل فالحكم اذا ثبت
بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا اصله مسئلة السفينة والقدح المكسر
ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان
بفي احد الامرين الاخيرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس
ماليته عنده نفسه وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب
عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس
المال وخمسماية ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم تجعل الجارية
راس المال والولد كله ربحا وجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس
راس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية
لراس المال اسبب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد
عتقت اي باستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال
ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الامة لان الالف
المأخوذ من الولد لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح
ظهر ان الجارية كانت ربحا بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها
بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل
يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها فورثت
ورثته فانه يضمن لشريكه نصيبه كما لو تزوج بجارية ابيه فاستولدها
ثم مات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخر فملكها الزوج بغير
صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو تلاف
فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله

فاجاد ٤

لان

لان عتقه بالسبب والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف
العنر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب باب
المضارب يضارب المضاربة مركبة فاخرها عن المرتبة واختلف علماؤنا
في جواب الكتاب على المضارب اذا دفع المال الى غير مضاربة ولم ياذن لرب المال
فروى الحسن عن ابي حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى
يربح فالموجب موجود الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال
ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب وهو الدفع على سبيل الايداع
لعدم الاذن له بغير ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع لعدم الاذن
بغير فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة واما يتقرر كونه مضاربة بالعمل فكان
الحال فيه مراعى اي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل
ايداع وبعده ايضا ع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا
انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب
المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب
الضمان على الاول اوليها بالربح والعمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة
واطلق القول ليتناول كلاميهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كليهما
جميعا لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة
للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها
على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جايزا
بحسب الصورة بان يكون الشرط للثاني من الربح مقدارا ما بحيث المضاربة
في الجملة بان كان الشرط للاول نصف الربح وثلثه او ثلثه مثلا وللثاني بعضه قوله
ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري بعض الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيارا منه
لقوله من قال من المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء
على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول
والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب
وهذا عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة
مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني بقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن للضارب
الثاني بعمله لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا
ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية لانه ملكها بالضمان من وقت المخالفة
بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن
الثاني رجع على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامله اي للمضارب الاول كما في

المودع

بلغ مقابلة
عب الطاقة

او ثلثه

ان كلامه متناقض ح

واعترض بانه كلام متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وهنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا لا يضمنه لينفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد فان الاول وغرمن والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يكون الاول قد غبن والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما ويطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان لا لغرر عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله الصدقة ق ـــ فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسئلة الى آخرها ظاهر لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهذا لان اي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول ولم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين لا ترى انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غرم في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق امن فاسلكه ولم يكن امنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه فصل لما كان للمضارب بعد ما دخل عقد المضارب او رب المال حكم عين ما ذكر ذكر في فصل على حدة فقال ـــ واذا شرط لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جايز فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب مع الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمستردت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة

نفسه ح
لغيره
على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء وطيب الربح للثاني ح ح ح
التصدق ح
المضارب ح

لا يصح

لا يصح الشرط والمشروط كالمستوفى عنده فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك نسب عبد عبد في حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا اشترط العبد ان يعمل العبد وهو المذكور ههنا فهو جايز على ما شرطا سواء كان على العبد دين اولم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا يكون للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذها ودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولى من عبد المأذون بعين اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله ما نعا من التسليم على ما مر وان لم يصح المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب والشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرما هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون الى اخره ظاهر فصل في العزل والقسمة لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح الى الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعد وهو عزله المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال ـــ واذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة اذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيآ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعد ما اخذ ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى بعد انه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى مال المضاربة عروضا كالوكيل اذا عزله وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته انا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سباني واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما واما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهو لا يوجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء فلحق المضارب كالموت حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان تصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عن ذلك تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جايز والربح بينهما على ما شرطا لان لعبادته

والفضلة بين المال والمضاربة بخلاف اشتراط العمل على رب المال ح لانه مانع من التسليم ح

صحيحة لان صحتها بالاهلية والتمييز والعقل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني على صحة الوكالة ويوقف على تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلافا لما يحكى عن العنبري يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور الماتوكل عن عين بالبيع والشراء في قول ابي يوسف ومحمد خلافا في التصرف فيما لردة كبي فيه قبلها فالعمل عليه ويرجع على رب المال قال — وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع صح تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بهذا لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالتنضة والقسمة تنبني على راس المال بتمييزه وراس المال انما يتبين ايجد بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا اخر لان العزل انما يظهر بوقوف معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله راس المال دراهم ودنانير فقد تنضت فلم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في انها ليعزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال — المصنف هذا الذي ذكرناه اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعه بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب فمتى كل يوضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم العمل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا في المال ويرد وقد ربح المضارب فيه اجبر الحاكم على انضاضه بمنزلة الاجير واجبر الربح وان لم يربح لم يجبر عليه لانه وكيل محض جينيذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ابقاء ما تبرع به فان رد راس المال على الوجه الذي قبضه رب عليه وذلك لا يتم الا بالتنضيض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ايجابه ايانا لا نعلم ان المردد واجب وانما الواجب عليه رفع يد كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد زال يده ولا يد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له اعزل حكمان قوله وكل ذو المراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معرفة وهو اشتمالها على الفعل وانما فسره بذلك لان احكامها يرجع ان راس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني الوكيل بالبياع والشراء له وكل الموكل بالاقتضاء اما البياع والشماء وهو الذي فعل للحين بيعا وشراء

فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة ان حكم العقد ع ح

جائز ح

فنضت

عمل ص

الدين

قبيل ص

لك ص

اشتمالها ع

فانهما

فان باع واشترى بالاعيان فهما يعملان بالاجر عادة واذا وصل اليه اجر اجير على تمام عمله واستيجار فلكا يخلوا عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البايع على بيعه وقد لا يساعد وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يامر بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد قال — وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح لان الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله وقال المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له فرايضه وقال فرايضه لان راس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما ثم زاد الان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما يعدل راس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذ كل منهما ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم راس المال فصل ٥ فيما يفعله المضارب ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في اول المضاربة من افعال المضاربة بالاعادة قال — ويجوز للمضارب ما كان من صنيع التجار بتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان من ذلك الا اذا باع الى اجل لان بيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينيذ من صنيع التجار ولهذا كان لهان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخصص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما عملا عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للتجل واما اذا كان للركوب لا يجوز خصوصا اذا كان لا يستكثر عنه ولهذا ان يستكثر من اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا بد له من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهور لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضه ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل

فلما ساه

زيادة ونبهنا على مقصوده بافعال المضاربة

ينهما

تاجيله

نحمل بمنزلة الاقالة والبيع لنسيئة بعد ما باع من نسائها وكانه واما عند
ابي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئا كما قالاه وان كان
الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان ابسر من المشتري
او اعسر منه لما ذكرنا انه اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه
جاز ذلك اذا قبل الحوالة ولانه من صنيع التجار فكان من الوصي تجارة بمال اليتيم
فان تصرفه نظري فلابد وان يكون المحال عليه ابسر فذكر الاصل فيما يفعله
المضارب باذاعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من
مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها
وجوزا ابو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط
النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان كسبا فصار كالاعتاق على مال ولا
يدخل تحت المضاربة قال واذا دفع شيئا من مال المضاربة الى رب
المال وان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشتراه
به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف
في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا
لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء لانه تمنع التخلية فان قيل ولنا ان الواجب
هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال
المصالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولهذا صح استعانة المضارب
بالاجنبي فرب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا
بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه تمنع التخلية فان قيل رب المال بعد التخلية
صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع
رب المال اجاب بقوله وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة
حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد بشركة على مال رب المال اما ان يصير
بالتخلية كالاجنبي او لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز
الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي فقوله
جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف
البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل
وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل
به المضاربة الاولى وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيئا
من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كله وبه
صرح في الذخيرة والمبسوط وفيد بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ
مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان رأس المال

نقدا

فقد انفسخ المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع
فيه وكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة
وان صار رأس المال عروضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان رأس
المال عروضا لم يعمل فهذا اولى قال واذا عمل المضارب في المصر فرق بين
حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاجناس
في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة في مال
المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره
وبمنزلة الاجير المشترك لانه لا يستحق احدهما ولا النفقة في المال الذي
يعمل به الا ان تركناه بما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع
لانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل معلوم في ذمة
المستأجر وذلك تحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب
فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فقد تحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ما له
يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر
فعلم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانها الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه
شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث
لو عن له تزوج فبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوق وان لم يكن فنفقته
في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما يصرف الى الحاجة الراتبة
كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق
بذلك ما كان بسبب المال كغسل الثياب واجرة الحادم والحمار والحلاق وعلف
الدابة والرهن في موضع تحتاج اليه كالحجام فان الشخص اذا كان طويل
الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه بعيد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ماله
لكثرة الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك بزيادة
ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكر في الكتاب قال
واذا زرع احد رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فزرع يأخذ
رب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الزرع دون رأس المال فاذا
استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فاذا باع المضارب المتاع بعدما انفق من الحنطة
حسب ما انفق على المتاع من الحلان ونحو كاجر السمسار والصباغ والقصار
ولا يحسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب
الف فاشترى حنطة فقصرها او حملها بابة من عند وقيل له اعمل برايك متطوع لانه
استند انفاقه على رب المال وهذا المتاع لا ينتظم كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا
لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسابر الالوان كالحمرة

فهو

١٧ السواد عند ابي حنيفة لان الصبغ غير قايم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله
بمال المضاربة وقوله اعمل برايك يتناوله فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة
الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما ينهما حصة
الصبغ وان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي
اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما ينهما قيمة الصبغ والباقي ٥
على المضاربة بخلاف الغاصب بفتح القاف والحمل فانه ليس بين ماله قايم بالثوب
ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة ضاع فعله وكان للمالك
ان يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل تخير رب الثوب بين ان
يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الانتزاع ثوبه وبين ان يضمنه
جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب
كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل المضارب لم يكن له ولاية
الصبغ كان به مخالفا فاغاصبا فينبغي ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما يجيب
بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ
اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلم يضمن ولهذا اندفع
ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ٥
ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما بينا انه خرج
عن كونه غاصبا لانه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس
له ولاية ذلك فصل ومن مسايل متفرقة تتعلق بمسايل المضاربة قدمناها
في فصل على حدة قال فان كان معه الف ما ذكرنا المصنف واضح ومبناه على اصل
وهو ان ضمان رب المال للبايع بسبب هلاك ماله المضاربة غير مانع لها
والمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبايع بسبب
هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكر في الجامع الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فاشترى عبدا فهو مضاربة فاذا باعه بالعين عهدت حصة المضارب
وهي خمسمايه فاذا اشترى جارية بالعين وقع ربحا للمضارب لان ربح الثمن له
وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربح على المضارب وهو
خمسمايه والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربح الثمن هلك ربح الجارية
بالحالة واذا هلك ربحها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان
المضارب امين فيكون الضمان منافيا لها ولو بقينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا
ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع
الجارية باربعة الاف صار ربح الثمن للمضارب خاصة وذلك الف يبقى ثلاثة
الاف وذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلايم المضاربة ولا يضيع ٥

مايضمن

ما يضمن بل يلحق براس المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الوجه وخمسمايه
والخمسمايه ربح بينهما نصفين قوله وان كان معه الف معناه واضح وقوله
لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود
المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم اي بدء
الجواز لانه لم يزد به عن ملك رب المال عبدا كان في ملكه ولم يستفد به الفا
لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبرا قل الثمنين وهو
خمسمايه لثبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى
البيع ماله بماله قوله فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته
الفان فقتل العبد رجلا خطا كان الدفع والفداء اليهما فان دفعا بطلت المضاربة
لهلاك مال المضاربة وان فداه ثلاثة ارباع الفداء على رب المال وديعة على
المضارب لان الفداء مونة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان راس
المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما وهذا اعتق الربع ان كان
العبد قريبه وتلف وهو راس المال وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان
عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما قدمناه فاذا فداه خرج العبد
عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بينا انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة
ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانتساخ الفداء عليهما
فانه يتضمن انفساخ العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفداء ما نخصه والمضاربة
تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا اضاع الالفان في المسئلة المتقدمة
حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد
والضارب والدافع والفداء ليس بالقتل حتى يلزمن عليه وقوله وان العبد
كالزايل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك
فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة بخدمة
المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة
المتقدمة وهي ما اذا اضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة فان كان
معه الف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد الى البايع رجع المضارب
على رب المال بذلك الثمن ويكون راس المال جميع ما يدفعه لان المال
في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوفي
عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو
امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على
رب المال مرة بعد اخرى الى ان يستقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البايع

بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الامر واحد لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة بجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو متعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجمالا وليس فيما نحن فيه بسبب القبض بطريق الوكالة ولا تسلم صلاحيته لاثبات حكمين متناقضين ولو غصب الغاصب المغصوب منه الغاصب وجعل راس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها نحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه عزله البايع فضرر هلاك الثمن لا يرجع الى المشتري قوله ولو غصب الخ الى اخره يثبت فيه ردا بانه يحول الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في المرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال فان كان مع المضارب الف اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار راس المال مثل ان يقول المضارب دفعت الي الفين وقال دفعت اليك الفا وخمسمائة وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لانه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في راس المال مثل ان يقول رب المال راس المال الف والمشروط ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني في قدر ما شرط لرب المال للمضارب كما كان اما في راس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان الربح لا يستحق بالشرط وهو مستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال لي بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة

على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة راس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله بمقابلة الربح او شركته في مقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتنيها وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدم احتماله ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لاثباتها التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا انكر العموم لانه يحمل انكاره ذلك على العموم وله ان ينتهي عنه قبل التصرف واذا انتفى منه العموم مضارب وههنا ان وان كان بعد ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل بينا العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال لاخذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك بجميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما شيئا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الاخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه وبلزمها نفي الضمان فاقامها المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب التوقيت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت احديهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بينهما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس ثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعد العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم والملزم اقوى واعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها

على مايدل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واسجابة الاجر والثناء على ذلك
وسببه تعلق البقاء المقدور بقاءها من حيث التعاقد وقد صار امرا ومشروعيته
بقوله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها بالملاقه وتفسيره بالغة الترك
وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد المودع وفي التسليط على حفظ المال ورفعا اودفعا
هذا المال وناقام مقامها فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فاذا وضع
ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب هذا الثوب ثم غاب
الاخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون
المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات
اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الابق غير صحيح فيكون المال
امانة فمن قال الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في
الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد
تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت عين واذا كان كذلك جاز حمل الاعم
على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم
ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول الاخلال
الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاخلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب
الحديث انه قول شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر
عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان شدة حبتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع لامتنع
الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن في عياله
قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحيث فان المراة اذا اودع
عندها شيء جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن برح
نفقته وترك الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم من في عياله
الخيانة فان علم ذلك وحفظهم ضمن وهذا اذا لم يبنه عن الدفع اليهم لان الظاهر
ان يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وهو انما يحفظ ماله
من في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل الخياط ليس بشرط
فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله
او دفع الى امين من امناء من يشق به في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان
موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله كانه دليل آخر على ذلك وهو انه
اي المودع لا يجد بدا من ذلك اي من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته
لامحالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا
به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها
غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيد لا بيد غيرهم

والحال

الاصطلاح صح

والحال ان الايدي تختلف في الامانة قبل هذا يناقض قوله لان الظاهر ان يلتزم
حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان
يستودع ماله عند غيره ينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخطاء ظاهر
لان قوله الظاهر ان يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع
استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله وقد تقدم ما يرد عليه
من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل
بهم والوعد بالجواب في مظانه ولا بأس بذكرها هنا اجمالا وهو ان المستعير مالك
للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك ولكن لذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك
والوضع في حرز المغير ايداع كالتسليم اليه فوجب الضمان الا اذا استأجر
فيكون حافظا لحرز نفسه قوله الا ان يقع في دار حريق استثنى من قوله
فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك حين التسليم الى جار او القاها الى بهيمة
اخرى طريقا للحفظ فيكون مرضيا للمالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك
لادعاية ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء صار
كدعوى الاذن في الايداع فلابد من اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق
بيته قبل قوله يعني بلا بينة قال فان طلبها صاحبها فحبسها اذ اطلب المودع الوديعة
وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد والمتعدي هو الذي
يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه
وقد حبسها فصار ضامنا والخلط الثاني للتمييز بعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة
عندنا وعند ابي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركة ان شاء خلط الدراهم البيض
بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فلا يتعذر الوصول
الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه
دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر
الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح
لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة ولا تصلح موجبة لها بل يتملك المملوك
علة ولو امر المالك الخالط بسقط حقه عن ذمة المودع عند لانه لا حق له
الا في الدين وقد استقط وعندهما يسقط حين الضمان لتعين الدين لتصرف
الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط وان خلط المالح بغير الجنس كالخل الجبل
بالحنطة المبلة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون صار مستهلكا عند ابي حنيفة
فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظاهر
ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك
انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع

خلط الحنطة بالشعير في الصحيح قوله في الصحيح احتراز اعن قول بعضهم
ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة وكان على الاختلاف المذكور
لان احدهما لا يخلو اعن حيات للاخر فيتعذر التمييز معرة ومعنى وان خلط
المايع بخسه اوجب الضمان عند لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف
يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الاكثر ويضمن لصاحب القليل
اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركة بكل حال اي سواء كان الخلط بالجنس القليل
او بغير لان الجنس لا يغلب الجنس عندنا لما مر في الرضاع اذا جمع بين لبن امرأتين
في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظير خلط الدراهم
خلطا اذابة لصبرورته مايعا بالاذابة وان اختلط مال المودع من غير فعله
كالو انشق الكيسان فاختلطا صار شريكين لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان
وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك
ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم رده فخلطه
بخلطه بالباقي صار الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا لا بقاء
فاجعل الرد قضاء اخلطا لعدم التفرد بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولم يرد
ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وما انفق لم يتعيب
الباقي فان هذا مما يبضع التبعيض اذ التلف فيه وان اخذ لينفق ثم بداله فرده
الى موضعه فهلك فلا ضمان عليه لان اخذه لم يبن الحفظ وبرد الوديعة لا يصير ضامنا
كالو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل قال واذا تعدى المودع في الوديعة
واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد
او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي
لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة
لا تربها امانة تنافي الضمان والمانع الضمان انتفى المنافي للاخر وهو الوديعة
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لا لما قد عن التقييد بوقت
فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو
الحفظ المذكور وصورة ثبوت الامانة وهو امانة بالمخالفة والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يبقى بعدها
ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مأمورا
بدوام الحفظ وهذا اثباته فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ
عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة
فيه رد له من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه
والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا ينافيه الا ترى ان الامر

بالحفظ

بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف
الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون ردا للقول مثله الا ترى ان
الجحود في اوانه رد لما يكفره والمخالفة بترك الصلاة او الصوم مأمور به ليست
برد ولهذا لا يكفر بها فقوله كما اذا استاجر منظر لمسئلة الوديعة بالاستيجار
فان المخالفة ترك الحفظ في بعض الوقت لونها وديعة صار كما اذا استاجر
للحفظ شهرا وترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في
بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التقرير
غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتفع
برد بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم في حق العقد اللازم في
الانتفاض لعدم تسليم المعقود عليه سواء لا باتفاق كالاجارة والعارية
والبيع والهبة ينتقض لعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستيجار ورد المعقود
على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فترك الحفظ في
بعض المدة مبطل للعقد في ذلك القدر ويكون بابقاء المعقود عليه
فلذا في الحفظ بغير بدل وقوله فجعل الرد الى نايب المالك جواب عن قوله
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نايب المالك فاذا ارتفعت
المخالفة وعاد يؤدي عاجعل الرد الى نايب المالك وقوله فان طلبها
صاحبها الى اخر ظاهر وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال
له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها
عند ابي يوسف وذلك لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول
ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وانما
ذكر خلافه تحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة
قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر اختلاف زفر ويعقوب
فذكر كذلك وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند
مالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكر انه من باب
الحفظ بان فيه قطع طمع الطامعين قال وللمودع ان يسافر
بالوديعة وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومونة قالوا
اذا كان الطريق امنا وان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امينا وله
بد من السفر فكذلك وان لم يكن مسافرا باهله لا يضمن وان سافر بنفسه
ضمن لانه امكنه ان يرفقها باهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا
ليس له ذلك اذا كان له حمل ومونة وقد تقدم معنى الحمل والمونة
لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا

الشرح

العقد

قضية

باخيه

وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان لحاجة وسونة او لا
لان حقيقة الاطلاق الامر الامين بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا
يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان الاطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع
عند متحقق وهو كون المفازة ليس محل للحفظ اجاب بقوله والمفازة
محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا اي لكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب
والوصي المسافرة بمال الصبي ولو كان التلف مظنونا كما جاز لهما ذلك قبل
مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجار والناس يخاطرون بالتجارة بطمع
الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال
به على المودع صحيحا واجيب بانه يوضح الاستدلال ولين كان استدلالا
فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولي وجوه النظر رعايته عن
مواضع التلف ولو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق له
انتفاء وهم التلف ولها ان يلزمه مونة الرد لان المودع يجوز الي بعوث في بعض
الطريق فيلزم المال مونة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا
يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي
يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وجعله كالاستخفاض بالاجر
فانه اذا استاجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر لذلك
المال واذا سافر ضمن قوله قلنا سونة الرد جواب عن قولها وتعويض
سلمنا ان المونة تحتى المال لكنه ليس بمعنى من قبل المودع بل من حيث
ضرورة امساك المودع امره فان امر مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو بمعنى
راجع الي المال فلا يابى به وقوله والمتعارف كونه في المصر جواب عن
الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظه فان
من كان كالمفازة تحفظ ماله فيها ولا يتنقله الي الامصار بخلاف الاستخفاض
لانه عقد معاوضة يقتضي التسليم في مكان العقد واذا نقله المالك ان
يخرج بالوديعة وخرج بقاضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ
فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة او اقعد المودع
وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجز للمودع ان يدفع اليه حتى يحضر
الباقي فان لا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغايب حتى ان الباقي
ان هلك في يد المودع كان للغايب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية
الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بوضع الخلاف والمذكور في مختصر
القدوري من قوله وديعة الحيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو
موزون وذكر محمد الخلاف فيما ينقسم وما لا ينقسم قال في الفوايد الظهيرية

ان

ان الاول هو الصحيح حتى اذا كان الوديعة من الثياب والدواب والعبيد
لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحابي في المسئلة مشهورة لها آية
طالبه بدفع نصيبه فيومر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه
بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ومن طالب باسلم له منع عنه ولهذا كان له
ان يأخذ حقه وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي حنيفة لا يسلم انه
طالبه بنصيبه بل يدفع بنصيبه الغايب لانه يطالبه بالحفظ وحقه ليس به
لان الحفظ المعين يشتمل على الحيين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع
ولاية القسمة لانه ليس له توكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعة قسمه بالاجماع
بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الدين
تقضي بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق القبيل المديون متصرف في
مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يومر بالتصرف في ماله بالدفع
الي من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضير في حقه للشريك لا للمديون
كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه
اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضا ليس بمشترك بينهما لانه الديون تقضي
بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضا انما يقع بالمقاصة
وقوله له ان يأخذ منها جواب عن قولها ولهذا اذا كان كله ان يأخذ وقرر
جواز الاخذ لا يشاء ان الجبر المودع على الدفع الي الجبر ليس من ضرورات
الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان
وعليه الف لغير فلغريمه ان يغرم المودع بالكسر الف ظفر به وليس للمودع
ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا فما يقسم مما يقسم هو الذي
لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا ينقسم فهو ما يتعيب به كالعبد
والدابة والثوب والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة
انقسم ان رضاه باماتة اثنين لا يكون رضا باماتة واحد فاذا كان لاب الحفظ
مما يتاتى منهما عادة لا يضمن واما بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الود
للمودع سلمها الي ذوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له ضمن التسليم
اليها بعلم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا اراد ان يدفعها
الي احد من عياله فدفعها من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة
فمنعه عن الدفع الي غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء منعه عن الدفع
الي امراته وهذا يعني قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا
والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا او كان
ولم يمكن العمل به كما في ما نحن فيه بان اراد عمل هذا اذا نهاه عن الدفع الي امراته ولها امراة

بتسليم

ان ابا حنيفة

الواحد صح

بيعة

اخرى

امينة او عن الحفظ والدار وله اخري فخالف فهلك ضمن واذا نهاه عن الحفظ في بيت من داره فحفظ في غيره وليس في الذي نهاه عنه عورة ظاهرة او نهاه عن الدفع الي امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقيد وبالعمل به قال ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي حنيفة وتخير رب المال في تضمين ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغير فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكها بالقبض ظاهرا انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض المال من يدي امين لانه بالدفع لا يضمن بالتخلية فاشبه لوجود ما هو المقصود من حفظ كحضرة رأيه وتدبير كامن حفظ بصورة يد ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعدد فيهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالمرتهن اذا القت في حجر ثوب عبير واذا كان في يد رجل لعشرة ادعى رجلان كل واحد منهما انها له اودعها الى احدهم ظاهر سوى الناظر تذكر قوله لتعارض الحجتين لان كل واحد منهما يدعي الفاء قوله وان نكل اعني للثاني اي ما حلف الاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكل لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله فيستحلف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول او الثاني او لهما جميعا لانه لما حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فكذلك فيتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه ايمان المودع المنكرا وجب الحق لكل واحد منهما بيده له عند ابي حنيفة وباقرار عندهما ولو قضي للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه تحالف الثاني وان نكل يقضي بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني الا ان القضاء قد مة اما باختيار او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال اخو في شرح الجامع فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله ما هو العبد اي يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا بعد ذلك وقوله بما ذا اي قال الخصاف فيضمنه لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول يفيد اقراره به للثاني لانه

لا يمكن

لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بناء على الخصاف خالفه عند محمد بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غير يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال لخطات بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني باقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء وان دفعها بقضاء فلذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان فجورا قراره لم يثبت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقر انه سودع الثاني والمودع اذا سلط الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في الحاوي

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب وكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير قيل قول الشافعي قال لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يدل عليه ولا يملك الاجارة من غير وكل ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاجارة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فيها فكان تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستأجر يجوز ان يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها تبنى على التمليك فان العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك مثل ان تقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فتمليك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا يقبل التمليك اجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وبني على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك ظاهر لا نزاع فيه الا عينا ن ثم تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض وذلك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس

في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا نص بعينه والموضوعات ليست حكما شرعيا وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظير والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن ان يجاب عما بان هذا التعريف اما للنظر او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه تجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى قوله ولفظ الاباحة جواب عن قولها الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهي ليست كذلك لعدم الدرء ووجه اخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة قوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله ولذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي يتملكها بعقد يوجب ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة قوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غير ضرر وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها واحكامها وشروطها قابلية العين الانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه للدين بالطبع وهي عقد جايز لانه نوع احسان وقد استثنا النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق العقد به قوله وبصح بقوله اعرتك هذا بيان للالفاظ التي تنعقد بها العارية وفسخ بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية والحقتك هذه الارض لانه مستعمل قيل اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في اصول الفقه فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز لبعلم ان الاخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب وردها ثم كترجمتي قبل في كل من اعطى شيئا منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانها لتمليك العين عمرا وعند عدم

اراد ته

اراد ته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من حيث العرف العام واخذ منك هذا العبد لا اذن له في الاستخدام وهو العارية وداري لكنة سكني لان معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكني لانه جعل سكناها له مدة عمرك وجعل قوله سكني تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا بين تعيين المنفعة فجعل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة اضافة الحمل المحتمل على المحكم وللمصير انه يرجع في العارية متى شا لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مودات ووجه الاستدلال ظاهر وبي تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وبيده زيادة مبالغة في ان العارية مستحق الرد لان المنافع تملك شيا فشيا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو كما يملك الاباحة فصح الرجوع عنه ف — والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها او استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب اوجب الضمان بالاجماع ٥ وان كان بغير لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غير لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احترازا عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لنفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استجاب قبض بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه احترازا عن الاجارة فان المستاجر يقبض المستاجر لحق ليس للمالك ان ينقضه قبل مضي المدة بدون رضاه فان قبل قبض ماذون ٥ ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة تتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضرورة كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في المغصوب وصار كالمقبوض على سوم الشرا فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غير لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اولنا ان اللفظ لا يبني عن التزام الضمان يعني ان الضمان انما يجب بالعقد او بالقبض ٥ او بالاذن وليس شيء من ذلك موجبا له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا يبني عن التزام الضمان لانه تمليك المنافع بغير عوض اولا باتفاق على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان ٥ عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع فقديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن

القبض ح

قوله ح ١٤١ ان يجب ح

فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل تقدم ان الاخذ بالعقد لحكم العقد صحيح

يثبت ضمون الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فاندرد على المنفعة نفسها ولم يتعد الى العين وتقرير القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن دليل الضمون الانتفاع لكن القبض بغير اذن لم يتناول الا الانتفاع فلم يكن ثمة تعد وضمان بدونه وقوله وانما وجب الرد مونة جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقرير ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب لمونة القبض الحاصل للمتغير لمنفعة المستعار نافعا على المستغير وليس لمعنى القبض ليدل على ان القبض لاعن استحقاق فيوجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقرير انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له لان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال وليس للمتغير انه يؤجر ما استعار وليس للمتعير ان يؤجر المستعار لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم والسبيل الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه حينئذ يكون تسليط المتعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه فتقرر اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على الوجه اذا لم يعلم لكونه عارية في يديه دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار ان كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعير لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي لان الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما حلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة تلايصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموهوب له بالحزمة

جاز

بخلاف المقبوض على سوم الشراء وفيه وجب النقض

جاز ان يعير لتملكه المنفعة قوله والمنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقرير لانسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كما لمالك اجاب بقوله وانما لم يجز فيما يختلف باختلاف المستعمل فعالم يرد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقساما فقال وهي على اربعة اوجه وهي قسمة عقلية احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان تكون مقيدة فيهما والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع به اي نوع في اي وقت شاء لاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان مخالفا الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الاتي ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ المقصود دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع فلو هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل يتفاوت ولو ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود فرض اذا استعار الدراهم فقال له اعرتك دلالة هي ان كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما لكونه متيقنا به قيل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يرجع برد المثل وما هو اقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشائخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعايرها ميزانا او يزن بها كانا لم يكن قرضا

ن

ه فليس له ان يركب غيره
وبالعكس كذلك فلو فعل
ضمن لتعين الركوب
في الاول والاركاب
في الثاني في هذا الذي
ذكره اختيار فخر الاسلام
وقال يجوز ان يركب
بعد الاركاب ويركب
بعد الركوب

ولم يكن له المنفعة المسماة وصار كما اذا لم يستعر رابية يتخذ عليها او سيفا محلا يتقلده بها لعابرت الكابيل والموازين اذا قايستا والعيار الذي يقاس به غيره ويسوى واذا استعار ارضا للبناء او الغرس جاز والمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس ايا ما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما ينبئ عنه قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مودات واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا يبقى المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان وقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور ومن جانب المعير حيث اعتمد الملاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسوغ منه الوعد واذا كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح للخلف ولكن لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور ومن جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار فعاد الضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان ما هو كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس اذا اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه باين في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا وكذا فان لم اتركها فانا ضامن لذلك بقرينة حال الدوران الكلام اذا قابل تحمل على الفايدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فايدة لذكر الوقت وذلك لما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس الى ان يبقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بما كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنايه فيكون له الا ان يشاء المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها فله ذلك على ما سلكه قالوا يعني المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان للمعير ان يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا الحق فالخيار في الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يتملن من القلع وترك الضمان اذا لم تتضرر الارض بالقلع

واما

واما اذا تضرر فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعار رحا ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت اولم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة الارض مجانا ولا زرع الاجر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب عليه اجرة والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرر باز اذا الغرم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر مغنى فيكون عليه مؤنة ردها ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين للمؤنة جوهر اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة ورد ها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه ضيع لان رد فصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب تسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون عينه وعلى المودع الرد الى المالك او الى داره ومن في عياله لانه لو اريد به الرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار المالك معتاد كالة البيت فانه لو رد ها الى المالك لرد ها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عبدا فلم يرد ها الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فرد ها مع عياله كعبده واجير مسانهة او مشاهرة صح وصح لانها امانة وله حفظها على يد هم كما في الوديعة ولذا اذا رد ها مع عبد رب الدابة اولجير لوجود الرضى به من المالك الا ان لو رد ها اليه صح ويرد ها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يثق به على الدواب فصل به وقيل هو يعين سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان رد ها مع اجنبي ضمن وولت من المسئلة على ان المستعير ليس له الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه المسئلة باشتغال الاعمال بالتهيد فيها فكان اذا كان مودعا وليس له ان يودع عينه فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق

كما تقدم وبا في كلامه ظاهر المحتاج الى شرح كتاب
الهبة ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسن اجلب المحبة وهي في اللغة
عبارة عن اتصال الشيء الى الغير ما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا
وفي التتمة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه
وسلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقاد الاجماع ويصح بالايجاب والقبول
والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواجب فلان
الايجاب كاف ولهذا لو صح ان يهب عبد لفلان فوهب ولم يقبل سرى بيمينه
بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون
القبض بخلاف البيع وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيها قبل القبض
اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز
الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض
بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به وفي اثبات
الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التسليم ورد بان المتبرع بالشيء قد يلزم
عاما يتبرع به اذا كان من تمامه صورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث
لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مخالفة
فان ما ليتم الشيء لا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرنا من الصوم
فانه يجب بالنذر او الشروع وما ليتم الواجب لا به فهو واجب والهبة عقد
تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز الرجوع فكيف قبل التسليم ولا يجب
ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت فيها بدون القبض لانه الزام شيء
عمل زيادة على ما تبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ
لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية الالزام وهذا موافق لرواية الايضاح
وقال في المبسوط وان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية
الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه
غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم
اليه ما يتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت مؤيدا في
الملكية فتح الاحاق قوله وحق الوارث جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب
ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متأخر عن
الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام
مقام المالك فيما فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا
وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا باذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز
في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان قبل القبض باق

ملكه بالاتفاق

بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه
الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث
انه الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في
الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصود منه اي مقصود
الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون
يكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ولا
كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا بالقبض بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا اذا
نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله
بخلاف ما اذا نهاه يعني صرحا في المجلس لان الدلالة تعمل في مقابلة
الصريح وفيه بحثان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر
بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البائع من البيع ثبوت
الملك لحل المشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يحل الحاجب
البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له الامتناع
وحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا يوقف
على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيوع ثبوت
الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني
لا معتبر به قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت وبخلت هذا بيان الالفاظ
التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه
والثاني مستعمل فيه وكلامه واف بالافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها
قوله اكلا او لادك بخلت مثل هذا روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي
غلاما وانا ابن سبع سنين فاتت امي الا ان تشهد على ذلك رسول الله صلى
الله عليه وسلم نحلني ابي على عاتقه الي رسول الله فاخبر بذلك فقال اكل
ولدك سواه فقال نعم فقال اكلهم نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور
قوله صلى الله عليه وسلم ولورثته اي من بعدك اي ولورثة المعرله من بعد
المعرله يعني تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا الوشرط
الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام
للتمليك وقوله لان الحمل للاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون
عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك
فاذا نوى يحتمل كلامه فيما فيه تشديد على عمل بنيته لا بما ل هذا يناقض
ما تقدم في العارية من قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله

على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو توقف ح

في المنافع مجاز عند من يقول قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة
فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية كانت له عارية
لما ردبنا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله صلى الله عليه وسلم المنحة
مردودة وقوله ولو قال داري لك هبة سكني او سكني هبة انما هو بنصب
هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام ص
وقوله لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان سكني محكم
في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكني لا يحتمل العارية
فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة لسكناها وفي هبة لان قوله لسكناها مشوش
وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود انه يملك الدار عن لسكناها وهو معلوم
وان لم يذكر فلا يتعين حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام يأكله وهذا الثوب
لكي تلبسه فانه شائع قبل مشورته وفعل ما قال وان شاع يقبل بخلاف قوله هبة سكني
لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكني اسم فجاز ان يقع تفسيرا لاسم آخر
بخلاف قوله ليسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا
لقول المتكلم قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا مجوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل
القسمة او لا وضابط ذلك ان كل شيء يفرض التبعيض بتوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل
القسمة وما لا يوجب ذلك يحتملها فالاول كالعبد والحيوان والبيت الصغير
والثاني كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا مجوزة مقسومة
والاول احترازا عما اذا وهب الثمر على النخيل دون التخيل او الزرع في الارض
دونها فان الموهوب ليس بمجوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا
حاز وقبض الثمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين
غيره لا تجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا تجوز لا يثبت الملك فيه
الا مجوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما تقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة
للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن يوقف
اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز
كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة
جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة المغيب الغير المقسوم
فيما هو غير مقسوم وذلك بين لسنا ما ينبغي ونقيضه بما ذكر وقال الشافعي
هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب له لانه
عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وعين كالبيع بانواعه
يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه
العقود باجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل

في

في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان
البائع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا ايصلح المشاع ان يكون
راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جواز باعتبار
ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلة
لا لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان
جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان الشيوع ص
مبطلا لجاب بقوله وكونه تبرعا معنى لم يعهد ويعمل في النصف ذلك مبطلا
كالتبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه
قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركته وبان اوصى لرجل بالف درهم فان
ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل حتى يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة ص
منصوص عليه لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة
والمنصوص عليه يشترط له كما له لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء لوجوده
وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غير اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب
والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضيته تشتمل على ما يجب
قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة
العدم والنافية للاعتناء بشانه ولان في تجويز الزام الواهب ما لم يلتزمه
وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر
مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة
والضار من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي عنه ليس القسمة
وانما يستلزمها ولهذا اي ولان لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع ص
وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان تجويز العقد الزام ما يلتزم
امتنع جوازه قبل القبض ليلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة
القسمة بخلاف ما لم يقسم لان للممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة
ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم
يلتزم ومع ذلك جائز العقد فلكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله
والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل
ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب يفسد الهبة اذا كان مانعا عن جوازها
فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه
بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة
القسمة على العين الموهوبة باجرا عن ملكه وليس في اجراحه غيره
ذلك لان المهاياة يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب

في

شبكة الألوكة www.alukah.net

بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك يالاتلاف لا بعقد التبرع قوله والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقرير ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك ولذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه لثبوت الملك ابتداء واجيب بان كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقاءه لي ملكه وليس فيما نحن فيه ولانها عقود ضمان فما سبب لزوم مؤنة القسمة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما وما جاز ته فالجواب سيأتي والقرض يتبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المقترض مضمون بالمثل فشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعي على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم لا زم على نفس الشيوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكانه اشار الى الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص من وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك فيما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم لا تجوز هو قوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعند الشيوع وبه يتبين ان المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصفه دار لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت ق ـــ ولو وهب دقيقا في حنطة بني كلامه هنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم تنعقد الا بتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه يبدأ قرارا لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للحلية دون المعدوم وهذا ما يرشدك ان المصنف مراده بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لامتناع الجواز للانتفاء هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جايز لاحتاج الى تجديد العقد عند الاقرار في المشاع كما في المعدوم وانما حاصل الدمن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوم لانه ليس موجودا بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن وامتنع بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممتنات كذلك فلا يسمى موجودا واذا كانت

خلاف الهبة

وانشهد بعقد الضمان فان شرط فيه القبض

العين

العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض اما نة جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عند قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين تجوز نيابة احدهما عن الاخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيد مغصوبا او مبيع فاسد فوهبه اياه احتاج الى تجديد لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويخلي وقت يتمكن منه من قبضها واذا وهبها الاب لابنه الصغير صحة ملكما الابن بالعقد والقبض فيه باعلامه اياه وعدم له وليس الاشهاد بشرط الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ويد مودع كيد نحلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد عين يعني في الاولين او في ملك عين يعني في الاخير والصدقة في هذا كالهبة ولذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وفي عيالها او الاب ميت ولا وصي له وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقد يموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يتولى له نحو الام والعم والاجنبي جاز لدخول الهبة لاجل اليتيم قيل اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح وتختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عياله او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فكيف ولاية من يملك التصرف في المال تمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق احد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يؤديه ويسلمه في الصنايع فكيف هذا العقد يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة واري انه لم يطلق ولذلك اقتصر في التقييد وذلك لانه قال ولذلك كل من يتولى له وهو معطوف على قوله ولذلك اذا وهب له امه وهو مقيد بـ ـــ والاب بيته ولا وهو فيكون ذلك في المعطوف ايضا مقيدا بالنظر على ذكر احد وصيه نظرا بان الجد العصبة الاب في الكثير كالاب ووصيه توصي الاب دون وهب فالهبة تمنع بقبض الاب بعد الاسر الدايرين لمنع والام فانها تمنع المحض اولى بذلك قال ـــ واذا وهب لليتيم هبة واذا وهب لليتيم هبة اي ما يتقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب واذا كانا اولى

اليتيم في مجرامه اي في لفها وتربيتها فقبضها له جايز لما تقدم ان هؤلاء الولاية ولذا
اذا كان في مجر اجنبي يدبيه لان له يدا معتبرة الا تري ان اجنبيا احرا يتمكن من نزعه
من يد يملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة
وان قبض العبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من
اهل مباشرة ما يتمحض نفعاله فان عقل الصبي اما ان يكون معتبرا او كما فان كان
الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجه ان لا يجوز اعتبارا لخلقه مع جود
اهليته فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة
عليه وفي اعتبار الخلق توفيرها ايضا لانه ينفتح به باب اخر لتحصيلها فكان جايزا فلذا
له ولهذا المربي في المتعدين النفع والضرر سد الباب المفتوح عليه لان عقله
قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبر بر اي الولي
واذا وهب للصغير قيمة فلها ان رفعت اليه اوكان كان لا ولي اجاز قبض
زوجها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه
مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض قيمة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك
ولاية الاب حتى لو قبضها اجاز ولكنا لو قبضت بنفسها والحق المصنف عن لو بها جامع
مثلا انه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن تجامع لا يصح قبض الزوج عليها
وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يدله وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز
عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من
يولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء
للضرورة لا بتفويض الاب والضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه
مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانا قلت هذا الان في قوله بخلاف الام
وكل من يولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليت
رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا معتبر بخلق الزوج
لها لان ذلك يحمل انه تبرعها وان كان عليه بدلا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف
قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا من
واحد لاستغناء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلما
جملة وهو قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يجوز
لان من هبة الجملة منه الاتحاد والتملك ولا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين
بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى يجوز الرهن في مشاع
لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولابي حنيفة
ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم تقبل احدهما فصار
كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك

قيل ٥

ولان

ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتنع فكان الشيوع وهو
يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واما ثبت
الملك مشاعا وهو حكم الملك ثبت التمليك بالكمال كذلك اذا الحكم يثبت بقدر دليله
وهذا الاستدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع
انما يوثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يوثر لانه لا يلحق بالمتبرع
ضمان القسمة وهو المانع عن جواز هما شايعا ووجه ذلك ان يقال لا نسلم
ان الشيوع انما يوثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما انا لما
هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم رده ولبين المانع محض فيه بل الحكم
يد وعلى نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله بخلاف الرهن جواب
عما استشهد به ووجهه ان حكم الرهن الحبس لا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما
كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير
لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع
الصغير تدل على ان الشيوع والصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز
الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع
فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال ولذلك الصدقة لتوقفها على
القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع
الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فتمنع جميع
العين لله تعالى على الخلوص لا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه النبي والقابض
انما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين تكون
مجازا ويجوز المجاز ما ذكر في الكتاب ان كل واحد منهما بغير بدل قال
ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد
الاجماع فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كقوله
وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه الاخر او بالتساوي كقوله لشخص
وهبت لك نصفه والاخر لذلك ولم يذكر في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند
ابي حنيفة مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا من على اصله وجاز عند
محمد مطلقا من على اصله وفرق ابو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة
لم يجوز وفي المساواة جوز وراية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي
يوسف روايتان هذا الذي يدل عليه كلام المصنف وصاحب النهاية حمل قوله
ولان لاحدهما نصفا وللاخر نصفا على ابي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداء
بها ونقل عن عامة الشيوخ من الدجبت والايضاح وغيرهم انه لم يجز بلا خلاف
وليس كذلك لان المصنف عطفه ذلك على التفصيل بعد الاجماع فالظاهر انه ٥

الاجمال نح

نح

الاجمال نح

ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ما ذكر في الكتاب بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصد ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي على دعواته عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله وهو اصل محمد فليست محتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصد ثبوت الملك في البعض نوع اختلاف حيث لا يعلم مما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد المجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولفلان نصفها جاز واتفاقا لا يجوز عند التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه ليستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست محتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضع كلامه التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافا له تستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان كفوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال لكل واحد منهما النصف ولم يزده التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان مضرا ويفيد تفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا للكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت بـــــــ الرجوع في الهبة قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد منع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم ليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتقييد في قوله وهب واجنبي البدوان فلا بد من قيدين آخرين احدهما وصلها اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال انعقاد الهبة ولعله ترك هذا اعتمادا على اذعانهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولان الرجوع بفاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يفاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال لم لا تجعل هذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقرير انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم للموهوب له جزاء له قوله على اصله اي على اصل الشافعي فلان من اصله

ان

ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه وكسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض لا بنا لا يجوز ان يكون المراد به صلى الله عليه وسلم لانه لو كان كذلك لخالف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يجدي الى من فوقه ليعوضه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تعذر الحمل فيما هو المقصود من العقد بمثل العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا ينثبت له ولاية الفسخ عنده فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي ٥ استبداد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضا او رضا الا الوالد فانه له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم قوله في الكتاب اي القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العايد في هبته كالعايد في قيئه وهذا استعارة لا لتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العايد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة للرجوع موانع ذكرها بعي القدوري وقدمها فقال القايل موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خرقه فالدال الزيادة واليم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والحا الخروج عن ملك الموهوب له والالف الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه عنها الحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد آخر وهو ان يقابله بورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع بها دون الزيادة لعدم امكان الفصل وانما لعدم مرضوها تخت العقد اما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة تكون نقصانا في المعنى كالاصبع الزايدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالسبب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الزيادة بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس اجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة معها او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول يمنع لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام حالة ولان الثاني لانه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو فاتت في يد الموهوب له مجانا لم تقض الى الربا

لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيه حقا وهو حق الغير قبل التسليم صح

واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو من حصلت على ملكه فكان فيه استناط حقه برضاه
فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك وكذا حيا
فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين قبل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد
انتقل الملك الى ورثته وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته وان مات الواهب
فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه ولان اذا خرج الهبة من ملك الموهوب
لكنه لا تحصل بتسليطه ولا تجدد الملك بتجدد سببه قال — وان وهب لاجر ارضا بيضا
هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حكما التقدم والآري هو المعلف عند العامة
وهو المراد عند الفقها وعند العرب الآري الاجية وهي عرق جبل تشد الدابة
في محبسها فاعول من تاري المكان اذا قام فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيه
والوا والحالية لان ما لا يكون كذلك او كان لكن لعلم المكان يعد زيادة في قطعة منها
لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان
للالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع
واما اذا وهب من الواهب شيا ولم يقل الواهب انه عوض عن هبته فللكل واحد منهما ان يرجع في
هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء
لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا قال ان تحصر على العوض له على الموهوب له
بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاستاط
الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض
والمقارنة لانه متبرع ويشترط ان يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون للموهوب
دارا واعوض بيت منها او الموهوب الفا واعوض درهم منها فانه لا ينقطع به الرجوع
لانا نعلم يقينا ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا تحصل به خلافا لزفر فانه قال
الحق ذلك بسائر اموال له وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هذا والجواب ان
الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر اموال له فلا يلتحق به وان تقابضا على في قوله
متبرعا فايدى او ذكر اتفاقا اجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع
لما بطل بتعويض التبرع الماسور بذلك من الموهوب له ان يبطل لان الموهوب له
يودي الى العوض ما امر به ظاهرا فيصار الى تقويمه بنفسه ولو عوضه بنفسه
لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فلذا اذا عوض بامر غير ان المعوض عنه لا يرجع
عليه بالعوض سواء كان بامر او بغير امر ما لم يضمن الموهوب له متربحا ابا اذا كان
بغير امر فظاهر واما اذا كان بامر فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب
كان له امر بذلك اذنا بالتبرع عما له نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان
ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه
وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلثة

وقال

للمعلف

الآري

كان بتعويض

لك

فقال زفر يرجع بنصف العوض قاس احد العوضين على الاخر لان كل واحد منهما
مقابل بالاخر كما في بيع العرض بالعرض فاذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق
عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل
من الابتداء فلا يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء ولان
ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء
بالاستحقاق اذ بدونها لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بان الفرض انه
عوض واجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن
الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب —
بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فلا يلزم له الرجوع في شيء
من الهبة مع سلامة جزء من العوض على ما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان
العوض مشروطا لانها مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس
زفر ان المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة
والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض
علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزاء الحكم قوله الا انه اي الا ان
الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم
يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد
ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض
لان المانع نصف النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طاري فلا
يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاستاط الحق فوجب
ان يعمل في الكل ليلا يلزم تجزي الاستاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس باستاط
من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فجوز التخري باعتباره بخلاف الطلاق
قال — ولا يصح الرجوع الا برضا منهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضى او القضاء
لانه مختلف فيه بين العلما قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان
لذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قوة
يستقوي بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم يفد حكما ما لم ينضم اليها القبض
وفيه نظر تقدم بغير متن والمخلص حمله على اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ان ثبت
قوله وفي اصله وهما اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس للكونه تصرفا
في ملك الغير ولهذا تبطل الزيادة المتصلة وغيرها من الموانع قال —
في المغرب الوها بالمد خطا وانما هو الموهي وهو خطا لان مد المقصور السماعي ليس
خطا وخطية ما ليس بخطا خطا قوله وفي حصول المقصود وعدمه خلاف ان مقصوده
منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا ترددا بد من الفصل

عن الكل من الابتداء يصلح
ان يكون عوضا

بالرضا والقضا حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد ان اوله القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان تمنعه نبعد الطلب لانه تعدى وآثار رجع بالقضا او بالرضا كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فاذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضي فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك اي على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدا بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتداة لما صح فيما يحتمل القسمة كالبيع ابتداء ففيه دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها قوله لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقرير ان هذا العقد جاز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جايز الفسخ يقتضي جوازا ستيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لانهما يتعلقان بالتراضي ما يتعلق القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق بسبل التراضي والقضاء قوله بخلاف الرد جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صون القضاء خاصة لان القضاء الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما واما القاضي فانما يقضي اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البايع قضي بالفسخ فلم يكن ماثبت بالتراضي عين من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضا وعاين هذا اذا كان الموهوب لا نسان فوهب الموهوب له لاجنبي ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضاء او بغير قضاء خلافا لزفر في غير واذا رد المبيع بعيب على البايع قبل القبض فللبايع ان يرد على بايعه لذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغير قضاء فليس له ذلك قال واذا تلف العين الموهوبة واذا تلف الموهوب استقر قبض الموهوب له لم يرجع على الواهب بضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احترازا عن الوديع فانه يرجع على المودع بضمن لانه عامل للمودع في ذلك القدر بحفظه لاجله فان قيل يشكل بما اذا وهب له ما لكه الغرور يوجب الضمان كالبايع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الوجيز ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له بضمان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب

لأن بجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب

ما ثبت بالقضاء فافترقا واما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ ص

ولم يذكر المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد لا ان يقول بالمائة بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين لم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان العبد من نفسه اعتاق وهو ظاهر ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اعمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلما ذكر بقوله لان الهبة من حكمها باخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه الفور وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناهما وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تنوع في الحال في صون وصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وعند الائمة الثلاثة رحمهم الله العبرة للمعاني فلا يجوز الفاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع الولي عبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه فيصير لما كانت المسايل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في وصل على حدة قال ومن وهب جارية الا حملها اعلم ان استثنا الحمل على ثلاثة اقسام قسم منها يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثنا وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منهما يعملان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه لان الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثنا لان الاستثنا لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونها وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل الا حملها بيضها فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثنا عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثنا مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطريق الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر واسرج او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جايز استحسانا ودون الحمل

كذا في النسخ

على الظهر

واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يحل وجوده حقيقة بخلاف
الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل بازاء
ذلك شيا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن قوله
وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثنا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن
دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن
اشار الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث
وهو في الوصية ويذكر فيها ولو اعتق ما في بطنها تم وهبا جازت الهبة لانه ابرا بين
الجنين على ملك الواهب لحرية الاعتاق فلم تكن هبة مشاع فتكون جايزة بخلاف
الاستثنا في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها تم وهبا لم تجز الهبة لان الحمل
باق على ملكه فلم يشبه الاستثنا في احتمال ان الجواز في الاستثنا كان باطاله
وحمل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز
فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جايزة اجيب
بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فاذا انفصلا في الحال ارتفع الجنين
عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رحمه الله
لما استشعر هذا السوال اردفه بقوله او هبة شي مشغول بملك الواهب نحو كما
اذا وهب الجزاز ونبه بهذا على ان لا يتوهم ان هبة المشاع الحقيقي فان قيل
هل يصح ان تجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثنا ومسئلة الاعتاق غير مشابهة
قلت نعم اذا اريد بالاستثنا التكلم بالباقي بعد الثنيا فان الاستثنا بعد التفسير يورث
الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما سرفكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث
ذلك فلم يتشابها وقد المصنف ارادة الاستثنا استثنا الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه
في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان وهبا له على ان يردها عليه او على
ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيا
منها او يعوضه شيا منها فالهبة جايزة والشروط باطلة ولا يتوهم التكرار في قوله على ان
يرد عليه شيا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما
هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة فحالفت مقتضى العقد ذلك
يعقد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اجاز العمري واطل شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا
لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يدخل في المعاوضات والهبة ليست منها
قال ومن له على اخر الف درهم ومن له على اخر الف درهم فقال اذا اجاء غدا فلاني
لك او انت مما برئ او قال اذا اديت الى نصف فلك نصفها وانت بريء من النصف

جاء فلان

الباقي

ان مقتضى ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت
فاذا شرط عليه الاداء او الاعتاق او غير ذلك صح

الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه
لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف
على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط تختص
بالاسقاطات المحضة التي تحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه
تمليك فان قيل فلم هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول متوقفة بدين
الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرا المديون منه او وهبه له توقف على
قبوله اجيب بان توقف على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه
يوجب انفساخ العقد بتوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين
لا ينفرد فسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد يبنيه
باطلاقه ان عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم
يجب ان يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي تحلف بها
اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا تحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط
كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما تحلف بها كالطلاق
والعتاق وغيرهما والعمري وهو ان يعمر دارا لشخص عمره فاذا مات يرد عليه
جايز للمعمر له في حال حياته ولورثته بعد ما روينا انه صلى الله عليه وسلم اجاز
العمري والشرط وهو قوله واذا مات يرد عليه باطل لما روينا انه صلى الله عليه
وسلم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة فيكون قوله دارك لك هبة والرقبي وهو ان يقول الرجل
لغيره داري لك رقبى باطل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يفيد ملك الرقبة
وانما تكون عارية عندهما تجوز للمعير ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شا لانه
يقتضي اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف رحمه الله جايز لان قوله دارك لك هبة
وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ولا معنى الرقبى عندهما يشير
الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا لهذا التفسير بل بتفسير اخر وهو ان جعلها من الرقبة
كأنه لها وقيل عليه ان اشتقاق الرقبي من الرقبة حالم يقل به احد وابداع الشي
في اللغة بعد استقرارها لا جل ما عنة ممدوحة ليس بمستحسن فان قيل فاجرابهما
عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمري
والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى مفسرا

بوجه واضح صحيح فاجاب بجواز فصل في الصدقة لما كانت الصدقة
تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل له فصلا
قال الصدقة كالهبة الصدقة لا تتم الا بقبوضة لانها تبرع كالهبة
فلا يجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض
المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصار كالهبة بعوض
عنه وفيه تامل فان حصول الثواب في الاخرة فضل من الله ليس بواجب فلا
يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد بحصول الوعد بالثواب فاذا تصدق
على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض لم يحصل
العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهبت
لفقير فذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا
الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير
في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكر لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض
والتصدق على الغني لا يسمى في القربة قوله ومن نذر ان يتصدق على الغني
اضرب ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض
وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر
معنى الاجارة لغة وشريعة وانما عقبها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فانها
نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع
يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما وهي محاسنها
دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على داره بسكناها وحمله بنفسه
فيها وابل بحمل امتعاله الى البلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها مامور غير من
من تعلق البقاء المقدر تبعا لها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب
والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل
شرعيتها فسنذكران شاء الله قال الاجارة عقد على المنافع بعوض بين
المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان
شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير
موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس
بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الاثار الدالة على صحتها ما ذكر
في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان
الامر بالاعطاء لا جرد ليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وسلم من استاجر

اجيرا

اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجر شرط جوازها
وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه
فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك
في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجر فان قيل
اذا كان كذلك وجب ان يطيب رجوع المستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد
فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والاجر
اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد
في المقدار والمعين ثم يظهر عمل العقد واثره في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ الى
حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني بينا ان مقابل وجود المنفعة بخلاف
بيع العين فان الملك في البيع يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان
ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا فضح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة
والاجر معلوما لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
فانه كما يدل لفظه على كون معلومية الاجر شرطا يدل بدلالته على اشتراط
معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به
وهو الاجر كالثمن في البيع فاذا كان معلومية البيع شرطا كان معلومية الاصل
اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله يفضي الى المنازعة بجهالة الثمن
والثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان
الاجر ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما يصلح ثمنا يصلح اجرا لان بعض
ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب
مثلا اذا كانت معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين واذا
كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقابضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلم
تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال
ليس من باب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال اخر يلتحق بالمتنازعة
فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح
ثمنا اصلا قوله فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي
صلاحيته غير كما ذكرنا انه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز
ان تقع اجرة فما يجب في الذمة فتختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي
تجب في الذمة بخلاف الاجرة قال والمنافع تان تصير معلومة بالمدة فتقدم
ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون به معلومة فجاز
تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارض للزراعة فمتى معلومة كما سيه
ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت

ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الخ اقول ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروطا لكونه ح

غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى
الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت
بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجان لما قدرت بالى ذلك
وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا
كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم
البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجان موبدة
معنى والتابيد باطل وجوزه اخرون منهم الخصاف رحمه الله لان العبرة في هذا
الباب لصيغة كلام العاقدين وانه لا يقتضي التوقيت والاعتبار بموت العاقدين
او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد تحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر
كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم تجعل بمنزلة التابيد لصحيح النكاح
وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة فوله
الا ان في الاوقاف تجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز
في الاوقاف الاجان الى مدة طويلة ان لا يجوز اكثر من سنة واما اذا اشترط ليس
للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم
حتى يحكم بجوازها وتان تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجان كما اذا استاجر
بطلا على ان يخيط ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدر واستاجر خياطا على خياطة
ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة واستاجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس
المحمول وقدره والمسافة وتان تصير معلومة بالتعيين والاثنان كما ذكرنا في الكتاب
باب ... وهو شرط ليصح ... لما كانت الاجان تخالف بيعة في مخالفة
الملك عن العقد بالخيار شرط وجب افرادها باب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق
به من المسايل قال ... الاجر لا يجب بالعقد قال ... صاحب النهاية الاجر لا يجب
بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم
لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملك المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض
الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان الاجر
لا يملك وما لا يملك لا يجب اينا وها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي
التملك كان اعم منه وذكر الاعم واراده الاخص ليس بجائز شايع لعدم دلالة الاعم
عليه اصلا قلت ... اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما تثبت في
الذمة ونفي الوجوب فيها وهو لا يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله
ليست بمعنى يملك يدل على هذا كله قوله وقال ... الشافعي يملك بنفس العقد
ولما لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع للعقد ومنه صارت
موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صح الاجان باجرة مرحلة ولم تجعل موجودة

غيرها

كان

لوازمه ضة

ضة

لا شرط لان المساواة
ثبت حقا له وقد ابطله
واعترض بان شرط
طه
ن التعجيل فاسد لانه

كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد
لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت
بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب
ان الضروري اذا ثبت يستتبع لما يتحقق به وافادة الملك من لوازم الوجود عند
العقد ولنا ان العقد يعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا
والعقد والعقد اي عقد الاجان معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة
المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو
الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر كذلك
ولان اذا اشترط التعجيل او عجل لانه يفضي بخلاف مقتضى العقد وقد يقع
لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه تخالف
مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم
وليس بجواز اشتراط التعجيل باعتبار والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه
لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والاقالة
عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت ولجب بان صحة
الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وجوز محمد رحمه الله
لان العقد يثبت في جانب الاجر اذا اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد
في جانب المنفعة لضرورة العدم والضرورة في الاجر فظهر الانعقاد في حقه
وصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب
له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل
استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجواب
عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين
لان الديون ما يلزم في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه ان ثبت العين
مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق شايع نافع لكونه اقامة السبب
مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد لذلك قوله
المستاجر الدار ليبان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال
على هذا كان الواجب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول او باستيفاء
المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه
احيانا وبدل احد الاقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستاجر باجان صحيحة
ما استاجر ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد
فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الاجر تسليم العين التي يحدث
منها المنفعة في مدة الاجان في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير

متصورا فكان تسليم العين قايما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من قبله او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القبود فان بزوال شيء زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها لكن استاجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر لبغداد حتى مضت من بعد السير بها الى الكوفة او سلمها فارغة فيها في مكانه لكن هناك عارض فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانها صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان او غصبه غاصب او لم يكن شيء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف سالف عن الرهن والعبود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه عنه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فانتفى عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما وجود المانع في بعض المدة والمكان ليسقط الاجر بقدر لوجود الانفساخ في ذلك القدر قال ـــ ومن استاجر دارا ذكر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو اما ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا فان كان الاول ليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق تحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة ولذلك اجان الماضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجر كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود لسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في من لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في البيع فانه ما لم يستلزم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة

فان

فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف فلا يتوزع الاجر على اجزايها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور اجزاء العوض ينقسم على اجزاء العوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى للمستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض حيا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى عدمها فان المستاجر ان لا تتفرغ لغيرها فتتضرر به بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا باذ لزنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجر حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال ـــ في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوايد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقليد دل على من استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر انفاذ الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت لها حصة معلومة من الاجر كما في الجامع قال ـــ ولكن نقل من التجريد ان الحكم فيه ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد اما المفصل الكرماني في هذا الحكم واقول ـــ كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجر انما هو اذا كان له صحة معلومة وانا ارى ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة والحري ان ذلك انما يكون اذ ليس الكلام مثلا او للبدل او للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة من كل الثوب عادة الا بتجزيها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجر معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب

وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطالب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا دخل في بيت المستاجر ليستوجب الاجر صح

ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله والله اعلم بالصواب قال ومن استاجر خبازا ليخبز له ذكر هذا البيان على احد هما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط انفا والثاني ان فراغ العمل عما به يكون فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته فخبز دقيق بدرهم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل خبز في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد لاحتماله الاجر لا تتوقف على الفراغ من العمل لجيء باجير الوحد من وقع العقد في حقه على المذهب كمن استاجر شهرا للخدمة فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجب قال المصنف رحمه الله وهذا الجواب على قوله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمونة عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا اوجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري واما عند عين فهو يجري على عمومه بانه ضمان بالاتفاق اما عندهما فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا بيان ان كان الوضع في بيته تسليما ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تنزيه الى الفصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه العرف ومن استاجر انسانا ليضرب له مثلا وما دام على الارض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشترجه اي ينضد بضم بعضه الى بعض لان التشريح من تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظاهر قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار كل لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قايم في الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في البيع فالوصف القايم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك قال فان قيل فعلى هذا التقييد يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزم

وما نحن فيه مستاجر على العمل فكان اجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل

الضمان للمنع

الاستحقاق الاجر

قوله الا ترى

فاما ما قالوا فان الوضع المطلق لا يكون

الضمان للمنعة الاجر له لان المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده للمنع بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكر في ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قايم في العين بل انما هو قايم بالعامل او بعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وعين سوى ازالة الوسخ بالماء واما اذا كان في مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختار المصنف رحمه الله وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر له في العين قيل هو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله وهذا بخلاف الابق جواب عما يقال الابق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين قايم ووجهه ان الابق كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه بانى منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر هو مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر قيل وهو مذهب الشافعي رحمهما الله ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله اثر هو وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس وقد تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البايع فان للبايع ان يحبس وان يسلمه المشتري للكونه بغير رضاه فاما اذا اشترط على الصانع ان يعمله بنفسه واذا اشترط على الصانع ان يعمل بنفسه فعل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او يسمي مثلا واليه اشار المصنف بقوله ان يعمل لنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كما لو استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تامل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك العمل او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمل لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين فصل لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر ببعضه ومحققه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان يعارض ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء الباقي فاما ان يكون

ونظير ذلك الوصيل اذا نقد الثمن من مال الموصى للمبيع كان له ان يحبس

شبكة الألوكة www.alukah.net

على جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجر فان كان الاول فله الاجر بحسابه لانهما وفى بعض النسخ المعقود عليه يستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختار المصنف رحمها ابيه وابيه اختار بقوله ومراده يعني العقود رى اذا كانوا معلومين وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وانه كان للاول لا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر الذهاب وهذا بناء على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد وفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو على ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجر ليذهب بطعامه الى فلان بالبصرة فذهب به ووجد ممتنا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بها قض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها بـ ـــــ ما يجوز في الاجارة وما يفسد بوجه خلافا فيما لو فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييد وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للوجوب وما لا يعد خلافا فقال ـــ ويجوز استيجار الدواب والحوانيت للسكنى فيدخل في صون المسلة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط فينصرف اليه قوله ولانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وعجن الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء والدابة دون اليد ان لم يكن من البناء في الحمولة كما لم يضرب به البناء جاز ان يحمله فيه ويتعقد به البناء وقوله لا يسكن بجوز ان يقرأ بفتح الباء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال وينتفي به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون

بضم

بضم الباء والمنصوبات مفعول به وينتفي بكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة او يترك على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل السرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما يدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعها وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما ضرر بصاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان تنقص بالقلع او لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وضي به المستاجر او لا وان شاء رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قلعناه قصر المستاجر ولو تركنا الارض هدر بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية للجانبين فيصار اليه واورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر حتى قال ـــ ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل اذا استاجر دابة للركوب اما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من اشاء او على ان يركب فلان في ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه ما تخلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان تجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا شراء فاسدا وفي الاستحسان تجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد يتعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد وتجب المسمى ويتقيد اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب

بيد

فا

في

هو ان يقول على ان يركب من بشا وان كان الثالث فليس ان يتعداه لانه تعيين
مفيد لابد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا ولذلك كل ما يختلف باختلاف
المستعلين كالثوب والجبة وحمل الحمل لحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا
شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التعيين غير مفيد لعدم التفاوت
فان قيل قد تتفاوت السكان ايضا فان لمسكنى بعض قد يتضرر كالحداد ونحوه
اجاب بقوله والذي يضر بالبناء خارج عن الذي ذكرنا واعتبر ما ذكرت
لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقوله المصنف رحمه الله ويجوز
استيجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة او تقديرا وان
سمى نوعا ومقدارا من شيء تحمله على الدابة مثل ان يقول لحمسة اقفزة حنطة
بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر لحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا
وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل
والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس براضح فان
السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت
الاذن لعدم التفاوت يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان
اقل ضررا وليس لهان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها لا
لانه اثقل لاعدام الرضا بنيه وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس
له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع
من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكر مع كونه معلوما مما سبق
لان ذلك كان نظير الحمل وهذا نظير الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الردف اثقل او اخف من الراكب
لاعتبار بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف وتخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن
فاعتبر عدد الراكب كعدد الجمال في الجنايات والجناة جمع جان كجناء جمع ماء فانه
فائدة اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة واحد والاخر عشر جراحات خطأ فان فالدية
بينهما ايضا فالان رب جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات قيل وانما يفيد
بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه
لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه
فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه وسبب
الهلاك اذا انقسم عليهما اذا كان مثلا يطيق حمله واما اذا كان حملا لا يطيقه
مثلها فهدر ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كانت
الزيادة من خلاف جنس السمسم كمن استاجرها ليحمل عليها خمسة اقفزة من شعير فحمل مثلها

لا
كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة
اقفزة كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا
منه

والله

حنطة

حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه
ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فتوزع الضمان وتوقف
بالرا استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك
ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما يلون
شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن بعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال
الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيلون جملة واحدة فهو ماذون في بعض
دون بعض فتوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استاجرها
ليركبها فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها
ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركبه غيره وركب
ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لاحالة
لان في الاكتساب منفردا مخالف من كل وجه وفي الارداف ماذون من وجه
دون وجه وهو يقع جملة كما مر قال وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة
بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق
العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه في عبارته تسامح لان المتعارف
مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح
المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق
يتناوله وعند ابي حنيفة رحمه الله القول بالوجوب اي سلمنا انه حاصل
بالاذن فيما ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا لم يمكن تحقق المقصود
بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمردد في الطريق وان استاجرها
الى الحيرة بكسر الحا المهملة مدينة كان يسكنها النعمان ابن المنذر وهي على راس
ميل من الكوفة فجاوزها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا
ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع
فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استاجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول
الى الحيرة فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى
فانه لما كان مودعا معنى فهو نايب المالك والرد الى النايب رد الى المالك معنى اما
اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم
من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع ما مورا بالحفظ مقصودا
وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى ما مورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لتعدد
الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد ردا الى نايب المالك والمستاجر والمستعير
ما مور ان بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع

باذنه

لكن الاذن صح

المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد رد ذا اليه وابرا
الا بالرد الى المالك او نائبه وتقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على
الغاصب فبرئ وان لم يوجد الرد على احدهذين والجواب ان الرد على
احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على
احدهما الجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد
الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس لذلك فلا
نسلم صلاحيته فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر
الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لبلا يلزم كون الشيء
مضمونا بضمانين قبل الحاق العارية بالاجارة بقوله ولذلك العارية وعكسه
ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلتزم
من الضمان على المالك كالمودع وسونة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة
والجواب ان الالحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة
ليتحقق الالحاق والالحاد في المناط كما في للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز
على المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يلن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود
فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن الناس حمارا يسرج
فاستعاره به موافقة فان نزع فاما ان يستعمله ليسرج احمر او اكاف وكل منهما
على قسمين اما ان يسرج بسرج مثله الحمر او كالاكاف فان اسرج بذلك
فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فايدة في التقييد بعين
اي من حيث المنع يعني لا فايدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير
هذا السرج الذي عينه صاحبه اذا كان غير مثله وفي بعض النسخ في التقييد
بعينه وهو واضح وقوله الا اذا كان زايدا عليه في الوزن استثنا من
قوله فلا ضمان عليه لان الزايد لم يتناوله الاسم فكان ماذونا في المسمى ووضع
على الدابة دفعة كما في تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل
ان يسرج ببرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته
صار مخالفا فان اركفه باكاف لا يوكف مثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج انه لم
لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اركفه باكاف
يوكف مثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ولم يبين مقدار ما زاد فمن
المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان لم يذكر فيه انه ضامن جميع القيمة
ولعله قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال
ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المقيد ومنهم من قال فيها روايتان
في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع

ان قيد الرد الى المالك او نائبه وازالة
المتعدد وصيرورة المغصوب امانة يرتفع الضمان
والرد الذي لم يوجد منه سبب ضمان لا يرتفع به ضمان
مرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
صح

القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن
بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة
حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة
اشبار ويضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة
اذا كان وزن السرج ستين والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار
المصنف في الدليل قال لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج
سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن يضمن
الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه
وعند ابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج
للركوب ويبسط احدهما على الظهر اكثر من الاخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل
بوزنها شعيرا فانه يضمن لان التفاوت يبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان
مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه
من المثال الا اذا حمل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط
وعدمه ومن استاجر حمارا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلوا
اما ان يكون ما سلكه مما يسلكه الناس او لا فان كان الاول فاما ان يكون
بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما اوعرا واخوف او كذلك
او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذا ذاك غير مفيد وان كان
الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد رحمه الله اطلق الرواية
بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد بما
هذا التفصيل اجاب بقوله لان الظاهر عدم التفاوت واذا كان
طريقا تسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك
ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى
وان بقي صون وان حمله في البحر فبلها يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بينه
البحر والبر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر
وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صون
قال ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة ومن استاجر ارضا لزراعة
شيء فزرع مثله في الضرر بالارض وما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة
او مخالفة الى خير يصير به المستاجر غاصبا يجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر
لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلز
منه
وقنا في اللوز مريد لعلي تنا في الملزوم ان قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ظاهر

وقوله ينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لقصور همة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر باب الاجارة الفاسدة

اجير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال الاجارة تفسد باشتراط تفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ تقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فانه اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عندنا كالاعيان وقلنا ان تقوم المنافع ضرورة ودفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحة فيكتفي بها وهذا كما تري تقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا اذا الفاسدة تتبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنها اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم تجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكر لتذكير الخبر فان صحة التسمية انتفل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور لذلك ومحصورا ترجح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانها العقد الصحيح وهل يلزمه ان يكون النقض بمحضر الآجر او لا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضر بالاتفاق ووجه ذلك مذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما

بالسكني

الى رأس الشهر وعقد الاجارة تصح مضافة

بالصحيحة

صحة

بشرط الواقعة

بالسكني في اوله الا ان الذي ذكر في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على ان راس عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضي راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي من الخيار وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكر والذلك طرقا ثلثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا فلذا صح فسخه قال ان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجر لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كما اذا قال شهر ولعد ويعتبر اتحاد المقدار ما سماه بان يقول من شهر رجب لمن هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجر لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يتعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال الحالف ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يتعقب النذر ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء الا ان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان الفعل به ممكنا بالابصار لا عين وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف لتمامية وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمهم الله ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فتكون احد عشر شهرا بالهلال وشهرا بالايام بكل ما بقي من الشهر الاول له من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا تتعدى الى عين ولابي حنيفة رحمه الله ان اتمام الاول ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون لبعض الثاني فاذا تم الاول في الايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى اخر السنة وتظهر العين وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير واضحة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف رحمه الله قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق

وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف

بالاهلة

وفي حق العدة لذلك عند ابي حنيفة وعندهما تكمل للاول بالاخير والوسطات
بالاهلة وهي مسئلة الاجارات فا —— ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام
استيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جايز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس
عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
واعطى الحجام اجرته استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع فيقع جايزا وانما
ذكرها في الاجارة الفاسدة مع كونه جايزا لان لبعض الناس فيه خلافا فانّ
بعض العلماء كره غلة الحمام بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت وهم
من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لا من لم يجز عن
البروز وامرت بالقرار وروي عن احمد بن حنبل انه لم يسمح اجرة الحجام
ولم كسبه عثمان وابو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله روي
ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت
عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ
الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء ظهر لان المرأة تحتاج الى
الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والجياض
تمكن الرجال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتاويل
ما روي من الكراهة هو ان يدخل بكشوف العورة فاما بعد التستر فلا باس
بالدخول ولا كراهة في غلته كالا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في
كسب الحجام وقد انتسخ باذكر في اخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه فانه
رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم
واتاه اخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة
بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة كسب الفحل اي ضرابه وهو
ان يوجر فحلا ليزو على الاناث وحرج بعض الشافعية والحنابلة لجواز
وجعلا وهو انه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو
اليه فكان جايزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله صلى الله
عليه وسلم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة
عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر وقوله
على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة
والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به
مشايخ بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم يعني في زمانهم
وجوزوا له هو ذهب المرغيناني وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجاره

او عند

او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية
فخوف الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كان المتقدمون كذلك لانه كان
للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لابد لهم من امر معاشهم وقد
كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحبة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله
الحراحري يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة لكن في الدجنة
لا يجوز الاستيجار على سايرالملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد
مالم لو استحق بقاء كان وجوب ما يستحق به المرء عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل
فا —— ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة ولا يجوز ان يؤجر الرجل
نصيبا من دار او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة رحمه
الله سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع
له منفعة ولهذا يجب اجر المثل وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه
عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم
منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من اجنبي
وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر مما لا يقدر على تسليمه ويلزم توجهه
على وجهين احدهما ان يكون معاوضة وتقرير اجر مما لا يقدر على تسليمه
لانه تسليم المشاع وهو سواء كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالحمام غير متصور
وما لا يتصور تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة
فتكون دليلا مبتدا من غير قرض لدليل القسم والثاني ان يكون منافعة
وتقرير لان تسليم انتفاع المانع فانه اجر مما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم
يمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب غالبا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه
ان التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت علة وهي وسيلة الى التملك والتمكن
في المشاع غير حاصل فات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة بخلاف
البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الحشيش كانا التمكن
بالتخلية فيه حاصلا وقوله واما التهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان
التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك
وهو متنف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه
لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء مما يتاخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا اجر من
شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا اجر من شريكه ووجهه انه اذا اجر من
شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع جاز
المهاية والرهن من الشريك لانه لم يجز واجيب باذ المراد لا شيوع يمنع التسليم
وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا

الحكم باعتبار دون اخر يمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام
لا يحصل في الشايع كما تقدم ان الشريك والاجنبي فيه سواء فيمنع جواز الرهن
لانعدام المقبوض عليه وهو الحبس الدايم لانه في الشايع غير متصور والشريك
والاجنبي فيه سواء ولهذا فلا ينعدم المقبوض عليه وهو المنفعة وانما تتعذر التسليم
وذلك لا يوجب حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضر جواب
عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك
ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستجار فيكون على الشيوع
موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على
انا نمنع جواز على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله
وبخلاف الشيوع الطاري بان اجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه تبقى
الاجارة في نصيب الحي ثابتا على ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست
بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء لبس
له تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين للذين في
قوله وبخلاف ما اذا اجر بنوه عن ذلك يعرف بالتامل وقوله وخلاف
ما اذا اجر من رجلين جواب عن ذلك وجهه ما قال ان التسليم يتم جملة ثم
الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طاري فان قيل لا نسلم انه طاريل هو مقارن
لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه
لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي
يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء
الاعتراض وانما الحكم يقول لا بقاء للعقد بها والصواب ان يقال للعذران
انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه قال وتجوز استجارة
الظئر باجر معلومة استجار الظئر باجر معلومة جايز لقوله تعالى فان
ارضعن لكم فاتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان
جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف
العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن
تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل
هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الايمة السرخسي حيث قال في المبسوط
والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام
بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل
عضو على حسب ما يليق به لاستوضح المصنف هذه الجملة بقوله ولهذا الوارضعته
بلبن شاة لا يستحق الاجر وبين ما هو المختار عند بقوله والاول اقرب الى الفقه

مقارن

لان

لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا فكان استاجر بقرة ليشرب
لبنها ووعد بيان القدر عن الارضاع بلبن الشاة وتبعه صاحب النهاية
من اختيار المصنف ما اعترض عنه شمس الايمة بعدم بينه الدليل الواضح وهو
تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مدار قوله لانه هو المقصود وهو
ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق
بامور وسايط منها اللبن فجعل العين المرتبة منفعة وتقضي القاعدة الكلية
ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك باي وجه صحيح ليس
بواضح كما يشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد انه قال استحقاق لبن الاتان
يعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على
انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولين كان
نحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه
مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله واذا ثبت
ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين صحت اذا كانت الاجرة معلومة
اعتبارا باستيجار عبده مثلا للخدمة فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها
صدر الحكم فاستدل فما فايدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب
والسنة او لانه رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطية لقوله
ويجوز بطعامها وكسوتها ايضا استحسانا يعني جازت باجرة معلومة كسايير
الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله لان
العادة الجارية بالتوسعة على الاظار شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف
ما اذا لاه من غيرها من الاجراف كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها
تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع
الصغير اشارة الى ما يجعله مجعلا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر
قوله فان سمى الطعام دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام
مكانه اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير
الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمى
الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام باز اء الدراهم المسماة وهو
حق ولو قدر في كلام المصنف لفظه بان يقال ان جعل الاجرة دراهم بدلا الى
ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لجهالة فيه وكذا لو سمى الطعام
وبين قدره ولم يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها
اي اوصاف الطعام تتاجل الحنطة الثمان ابيا وصاف اثمان من وجوبه في الذمة
اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم

حيث

الى

حيث

وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان لحمل ومونة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقدمر في البيوع والباقي ظاهر ☜ وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها وعلى المراة حق الزوج فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا علم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه طوفان زوجته اولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فلها ان تمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فلها ان تمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما ان للمستاجر ان يمنع الزوج من عيشها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان جبلت كارهة ان يفسخ الاجارة الداخلة فوات على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت قوله وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظير والباقي ظاهر وقوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها تقام تاتت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا اجارة وليس بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا انه انما تجب الاجر لاختلاف العمل لاختلاف اللبن ولهذا لو اجر الصبي بلبن الظير في المدة لم يستحق الاجر فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع فالعمل دون العين وهو اللبن وقوله انما اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظير اجير خاص او مشترك يجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء لم يضمن الظير لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده فيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الجامع ما يدل على انها تجوز ان تكون خاصا ومشتركا فانها لو اجرت نفسها لشهرين من ذلك ولم يعمل الا ولدا فارضعت كل واحد منهما وفرغت انتهت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين ☜ وهذا يدل على انها تحملها فقلما انها تستحق الاجر منهما تحملا بسببها بالاجير المشترك وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص قال ☜ ومن دفع الى حايك غزلا لينسجه ومن دفع الى حايك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كثير يعرف به فساد

كثير

كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف دال على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا نتركه بل نخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى تخصص عرف ذلك في موضعه قوله والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك وهو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو قبض المنسوج والمحمول لان حصوله بفعل غير والشخص لا يقدر ابقدر عين واذا ثبت فساد العقد كان للحايك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استاجر لحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الآخر الاجر في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجر بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجر فصار حاملا طعاما مشتركا ومتى استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا تحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر لي فبدا بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لانها في معنى قفيز الطحان يجب اجر المثل لا بحاوزته قيمة نصف الكر قوله ولا بحاوز بالآخر تفسير متصل بقوله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كر حنطة حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله فلا يجاوز باجر نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وحمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال ☜ ومن استاجر رجلا ليحمل له هذه العشرة المخاتيم الخ المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزاد او ينقص العسرة واضافة المخاتيم من باب الخمسة الابواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليحمل له هذه العشرة المخاتيم اليوم يريد وهم فحملوا فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جايز ذكر في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ من نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل ونحوه جاز العقد ويجعل الوقت للاستعمال لا لتقييد العقد به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والعمل على هذا مما لا بد منه رفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المفضية

كثير

كلا لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابي يوسف

فله العشرة اليوم

منه ص

ذكره

الى النزاع تفسد العقد وهذا كذلك لان نفع المستاجر في الثاني حتى لا يجب الاجير عليه الا بتسليم العمل وتقع الاجير في الاول لا يستحق بتسليم نفسه واذا لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب اجره نظرا الى الاول وعند المستاجر نظرا الى الثاني فاضى الى النزاع وكذا ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لتكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رحمه الله اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل بينها وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينهما وبين الاولى ان دليل المجاز وهو تفاوت الاغراض للمستاجر فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز ولذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل سويده ما روي عن ابي حنيفة وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكذا ذكر ان عملت في بعض اليوم فذلك يفيد التعجيل فكان العمل المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم ايها قال ومن استاجر رضا على ان يزرعها بين في هذا ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان من استاجر رضا على ان يكرمها او يزرعها او يسقيها فهو جايز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرطا ان يبنيها ويكري انهارها او يسرقيها فانه فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد كان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من صفات العقد لان المراد بالسقي ان كان زرعها مرة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد بها ان يكربها مرتين فيجب ان يكون في موضع تخرج الارض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الا بالكراب مرتين او كان تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول لعينه من مقتضياته والثاني ليس بينه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل وبناء المصنعة

وقال

٢٨٧

وقال بل المراد الانهار العظام وهو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل دون الاول واذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا ولذا اجاز السقي بالسقي واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جايز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على الموجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الحبس بالقراءة محرم الشافعي في البيوع الى هذا اي الى هذا الطريق اشار محمد رحمه الله وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفرع فاما بتك الجيرة وجالست الحياك فكانت منك زلة اما تعلم ان السقي بالسقي كبيع القوهي بالقوهي سواء والحياك اسم محدث كان بذل الخصوص على ابن سماعة في هذه المسايل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه تحت من وجهين الاول ان النساء يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث ان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يقتضي المعقود عليه وفيه يحدث شيئا فشيئا كان ذلك الى في وجوب الاجر من الشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يقبضه الباية مرفيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما صحبه العقد انما يثبت ولزوم وجود احدهما حكما وعدم الاخر وتحقق النساء وجوز ان يسلك طريق اخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة الفاسدة لان المعقود عليه اما ان لا يكون موجودا وقت الاخراء او كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فلذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمه غير حاصرة لجواز ان يكون موجودا بعد لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسقي فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالي اجيب بانه تحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه معنا لقيام المنفعة فيلزم نقيضه الباقي اذا استوفى منفعة المعقود عليه فاسد فعليه اجر المثل وروي بشر عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد سقطت قال واذا كان الطعام بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما

عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي بالنسيئة وقد تقدم بيان الجنس بانفراده يلزم ان لا يكون

الخصوص ح

العين مقام

صاحبه او عمار صاحبه على ان يحمل بعيره فحمل الطعام وحده فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عندي وبيع العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليصنع فيه الطعام يعني الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخبط الثياب ولنا انه استاجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع اذ الحمل يقع على معين والشايع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمقصود له والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه فاذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا ولجاز المشاع فانها ايضا فاسدة عندي وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متحقق على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشايع شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء الا وهو شريك له فيه وكل جزء شيعا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه والثاني ان يقول لا يجاوز انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه فيقصد المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو الحمل وتسليمه في الشايع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي فكان الضابط ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انه للزراعة او لغيرها او بين انها للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس

ولذا

ولذا ما يزرع فيها مختلف منه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالذرة والارز فان ضررهما بالارض اكثر من الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع منها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار وقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت كما ارتفعا من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدايه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استاجر الى الدياس مثلا ثم استغل الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه كما اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط البايع قبل مجيء وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر رحمه الله لم يقبل ذلك ايضا لكن لما ثبت ذلك للبايع بدليله فيما تقدم ذكر ههنا بطريق المبادي لا بقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في اول باب ما يجوز من الاجارات ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير ليشتمل على زيادة فايدة هي قوله وان زرعا ونقضى الاجل فله المسمى ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما حمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجر امانة في يد المستاجر لان حكم الفاسد ما يوخذ من الجايز ان لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشره ماموم بنقضه فلا بد وان من الصحيح حكمه فاذا بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى وهي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة قبل ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد لانه قايم ولله اعلم بالصواب

ضمان الاجير المشترك

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان وقال الاجر على ضربين الاجر اجير واجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسوال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجر حتى يعمل انفا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيلزم معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم ما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على المحققين فاذا انضم الى ذلك قوله

الاولى صحة معرفة المعرف وبيان قوله مما لا يستحق الاجر الا حتى يعمل موقوف والتعريف بالموقوف لا يفيد حاشية قد

كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح للمن قوله لان المعقود عليه بيانى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان المناسبة التسمية فكانه قال من لا يستحق الاجر حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى اخره ويرد عليه قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة فى يده ان هلك لم يضمن شيأ عند ابى حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو الكابر لهما ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع بسبب كان الامتناع عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه يقتصر من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجرفانها بقولان انا نصور المسئلة فى حافظ المتعة باجر فعلك المتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الامتناع عنه كالموت حتف انفه والحرق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابى حنيفة ان العين فى يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت فى يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولكان العين فى يده مضمونا لضمنه كما فى المغصوب فان قيل الاعتياد ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ متحقق وقد فات بما امكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب بقوله والحفظ لبس بمقصود اصلى بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت مدون اقامة العمل اذ بتعدى الى ايجاب الضمان بخلاف الوديع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قبل وما تلف بعلة تحريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتحريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة بفتح الراعى من مدها صاحبها مضمون عليه هو قال زفر والشافعى رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امين بالعمل مطلقا اذا استاجر ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم العمل بنوعيه السليم والعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اى الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر لما انعقد ولا زم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مامورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه

والحفظ مستحق عليه مقصودا وهو لكنه وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا

يعمل

يعمل بالاجر فامكن تقييد والملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحمل به المضمون لغير من تبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما مر ذكره قوله وانقطاع الحبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير الوحد فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قبيل الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن به اى بفعله بنى ادم ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمى وضمان الادمى لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان المعقود به من استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطرق فانكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة فى الفرات لان الزمان كانت تتباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعته كما فى تحريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار وبانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه ولا يدخل تحت العقد واما الخارج ان الناس يقتضى ان لا يجب عند ابى حنيفة بل يضمنه فيتمم فى المكان الذى انكسر لان له ان يمضى فى المكان الذى حمله منه فلا نداء انكسر فى الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تقديما من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لكن تقديما وانما العقدى عند الكسر فيختار ايا الجهتين شاء فان اختار الوجه الثانى فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل واختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا فسد القضا وبزع البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير نطار نزع الى اخر وانا اعاد روايته لنوع بيان ليس فى رواية القدورى ولانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد وقيد انه ان تجاوز ضمن ولما فى الجامع الصغير فلانه بين الاجير وبين الجمالة بامر المولى والعلان ويتبين انها اذا لم تكن بامره ووجه ذلك ان العلاك ليس بمتعارف وانما هو بالجرية وبعد تسليم العمل والتحرز عنه غير ممكن لانه اى السراية تنتهى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم وهما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل ليلا يبتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب وتحريق العلاك بعثار بالدق قبل ان تخرج العلة من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتاب ان الجامع

فان شاء ضمنه فضمنه فى المكان الذى حمله وان شاء ضمنه فى المكان الذى فضمنه

اذا جحم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لان ايلام مباح قيد به
الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان
الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كل الدية وان مات فعليه نصف
دية نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسايل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته
انتقض ضمانه اجيب بان محمدا قال في النوادر انه للمأذون كان عليه ضمان الحشفة
وهي عضو مقصود لانه لا بقاء للنفس غيقتدر بدله بدل النفس كما في قطع اللسان
واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر
غير ماذون فيه واما قطع الحشفة فكان مضمونا بنصف بدل النفس فان قيل التنصيف
في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف
من قطع الجلدة لا محالة فكان قطع اليد مع جزء الذكر اجيب بان كل واحد يحتمل
ان ينفع الانسان ويضع والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا بخلاف الجزء فانه لا يحتمل
ان لا ينفع الانسان قال ـــ والاجير الخاص الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا لخدمة شخص او لرعي غنيمة وقد
ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك مثله ههنا وقيد ذكر وجه
التسمية وهو ظاهر قوله ولهذا اي ولان الاجر مقابل المنافع والمنافع مستحقة له
بيقى الاجر مستحقا وان نقص العمل على بنا المعقول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن
محمد رحمه الله في خياط خاط ثوب رجل باجر فشقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب
فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه
لو اجر عليه اجير بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان
كان الخياط هو الذي شق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما شق الثوب
فقد نقص عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان تفتيق الاجنبي لا يكن
ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا فقصده استحق الاجر ولا يضمن
ما تلف في يده بان سرق منه او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم
في عمله او تخرق الثوب من دبقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع
اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف في يد فلان العين امانة في يد المحمول اليه
باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عندهما الا ان يضمن الاجير المشترك
نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يقبل اعيانه لتثمر رغبة في الناس في الاجر
وقد يعجز عن تضاعف الحفظ فيها فضمن حتى لا يتصرف في حفظها ولا ياخذها بقدر على حفظه
والاجير الواحد لا يقبل العمل بل يسلم نفسه فيتكرر السلامة غالبة فيوخذ به
بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للتاجر
بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امر بالتصرف في ملكه صح وصير

المامور

لما مور اي الاجير ناب منابة فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمن

باب الاجارة على احد الشرطين لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد
ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال
واذا قال الخياط اذا قال الخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خيطته
روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وذلك اذا كان
بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع تلك الحاجة
غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك البيع لان الاجر انما
يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما في البيع تجب الثمن بنفس العقد
بتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خيطته اليوم
فبدرهم وان خيطته غدا فبنصف درهم قال ـــ ابو حنيفة رحمه الله الشرط
الاول جايز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله
وقال ـــ ابو يوسف ومحمد الشرطان جايزان ففي ايهما خاط استحق المسمى فيه
وقال ـــ زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد لا يقابل بدلين على البدل
وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكر ان ذكر اليوم للتعجيل
لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فلذا ههنا وذكر الغد للترقية لانه
حال افراد العقد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترقيد فلان ههنا اذ لم يوجد
للعقد اذ الشرط اثر في تعيين فيجتمع كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر
الغد اذا كان للترقية كان العقد المضاف الى غد كما اذا اجتمع في كل واحد منهما
تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بدلين على البدل فصار كانه قال ـــ
خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة
تزول بنوع العمل فان به تعين الاجر للزوم عند العمل كما تقدم ولهما ان ذكر
اليوم للتاقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على
اليوم فما انقضا اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر
الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجير لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى
وقت في المستقبل فيكون مراده لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد
ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود
دليل اخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل لكن بصفة خاصة فيكون
مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التحمل والبيع بزيادة فايدة فيفوت ذلك
ويكون التاجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالتوسيم من العمل كما في الخياطة
الفارسية والرومية وعند ابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة
ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان المضاف في الغد ليس بتسمية

فقه

اذا قال افراد العقد في اليوم
تعوله خاطه اليوم بدرهم
وكان ذلك للتعجيل

ثابتا اليوم مع عقد اليوم
واما في الغد فلان العقد
المنعقد اليوم باق لان
ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع
مع المضاف الى غد

شبكة الألوكة www.alukah.net

جديد لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط المقصد الاخر بالتاخير فيكون ذكر
الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو تعليل التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن
العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم
ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي الثانية لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت
والعمل فاذا نظرنا الى ذلك العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى اليوم كان اجير
وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجر
ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل
على تنافي الملزومات وكذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي الثانية الى المجاز الذي
هو التعجيل وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب
المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في جعل اليوم للتعجيل
صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى
وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الاخر فكان تحكما والجواب ان فساد
الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على
قول ابي حنيفة رحمه الله بمسئلة الخياطة فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد
العقد وههنا للتعجيل وصححه واجيب باذ ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة
لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد
بمعنى ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف
حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التاقيت مرادا نظرا الى ظاهر الجواب
والجواب ان الجواز بظاهر الحال في غير النزاع فلا بد من دليل زايد على ذلك
وليس موجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زايد على الجواز بظاهر
الحال ومما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود
الفارق واذا وجب اجر المثل فقد اختلف الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا
خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف
درهم لانه هو المسمى في اليوم قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير
لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تعتبر في اليوم الثاني
فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم
الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم
يرض بالتاخير الى الغد فالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فانما يصح ان
ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال ولو قال ان سكنت في هذا الدكان
عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين ولو استاجر بيتا فقال ان سكنت
فيه فبدرهم وان سكنت حدادا فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الجيز على ان حملها

كر شعير نصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جايز عند ابي
حنيفة رحمه الله خلافا لهما وان استاجرها الى الحيرة فان جاوزها الى القادسية
فبدرهمين فهو جايز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت
في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون
قول ابي حنيفة خاصة كما في نظايرها ووجه قولهما ان المعقود عليه احد السببين
وكذلك الاجر احد السببين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد
فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة
المعقود عليه فكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية
والفارسية لان الاجرة تجب بالعمل وعند ترتفع الجهالة اما في هذه المسايل
فالاجر تجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فبقي الجهالة
وهذا الحرف اي قوله تجب الاجر بالتخلية والتسليم تتبقى الجهالة هو الاصل
عندهما ولابي حنيفة انه ضم بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة
الرومية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف
اسكانه لغيره اذ لا يدخل في مطلق العقد ولذا في اخرانها قوله والاجارة
جواب عن قولهما تجب الاجر بالتخلية الى اخره وتقريره ان الاجارة يعقد
للانتفاع وعند ترتفع الجهالة اما ترك الانتفاع مع التمكن فغير معتبر
ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان يسلم ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة بحاصل
الاجرين للتيقن به بان ——— اجارة العبد تاخير ذكر لبطان
العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهوره وحمله بانحطاط درجته ومن
استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة
السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان
المستاجر في ملك منافعه كالمولى للمولى ان يسافر بعبده فلان للمستاجر
اجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه رقبته والمستاجر ليس له ذلك ونوقض
بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج
بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة
على الاجر لبقاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه
في الاجر فالمستاجر اذا سافر بعبد يلزمه الموجر مالم يلزمه من مؤنة الرد
وتبايروا على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعي فالمدعي بالاخراج
الى السفر يلزمه مؤنة الرد ولهذا ذلك وهذا كما تري انقطاع لان العلل احتاج
الى ان يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول
ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد

شبكة الألوكة
www.alukah.net

كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس للمستاجر
كذلك لان ملكها لعقد ضروري بتقييد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد
به المولى والعرف بوجبه او دفع ضرر مونة الرد على ما ذكرنا بوجبة ولهذا
جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما ليخدمه في المصر ثم اراد المستاجر
السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع
من السفر تضرر فكان عذرا يفسخ الاجارة قوله فلا بد من اشتراط
متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق وكان التفاوت بين الخدمتين ظاهرا فصار
كالاختلاف باختلاف المستاجرين فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غرضا
داخلا في الركوب فاذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب
غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا
محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يحول منه الاجر استحسانا
وفي القياس لذلك لانه يقتضي ان لا يصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام
الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا اهلك
العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر
والضمان لا يجتمعان ووجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ
السالم على الاعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه لقبول
الهبة واذا اجاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه ف ـــــ ومن غصب عبدا
فاجر العبد نفسه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب
الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال
المالك بغير اذنه اذا الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف
نافع والمحجور ماذون في المنافع ولابي حنيفة رحمه الله ان الضمان انما يجب باتلاف
مال محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده
وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نايبة وبيد الغاصب ليست نايبة
وبيد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك وله المغصوب
ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف
الاجر فانه تحصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قايما بعينه
اخذه لانه وجد عين ماله ويحرز قبض العبد للاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في
التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع ماذون فيه لقبول الهبة
واذا كان ماذونا فيه وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفايدته
تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجر فانه تحصل بالاداء اليه ووضع
المسالة فيما اذا اجر العبد المغصوب نفسه فان اجر الغاصب كان الاجر له

لانه

لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان اجر المولى فليس للعبد ان يقبض الاجر
الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر عبدا عدة الشهرين شهرا اربعة
وشهرا خمسة فهو جايز في الشهر الاول باربعة لانه المذكور والا والمذكورا ولا
ينصرف الى ما يلي العقد خبرا للجواز وذلك لانه لما كان شهرا باربعة على سبيل
التكبير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحرزا للجواز
كما لو قال استاجرتك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد
او نظرا الى بحر الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك
والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني
معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قبل منتهى هذا الكلام على انه
ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور
في الكتاب قوله المستاجر فالالف واللام للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر
فكان الموجر قال اجرت منك هذا شهرا باربعة وشهرا بخمسة قوله
ومن استاجر عبد اشهرا بدرهم الى اخره ظاهر على قوله فيرجع بحكم الحال فانه
استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جا المستاجر بالعبد
وهو صحيح نا لقول للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس
بنا هقر لان المصنف اشار الى دفعه بقوله يصلح مرجحا ان لم يصلح محمه في نفسه
وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد البه في المدة ولكن
تعارض كلامها في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر
لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لا مستحقة السقوط بعد الثبوت
لا موجبة بـ ـــــ الاختلاف في الاجارة لما فرغ من ذكر
احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان
الاختلاف انما يكون عند تعارض ف ـــــ واذا اختلف الخياط ورب الثوب
ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة
او الخرز والصرة فالقول قول من يستقيم ومنه الامر وهو صاحب الثوب
عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر
صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما الواقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء
ضمنه وان شاء اخذ واعطاه اجر مثله لانجاز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة
الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء
واعترض في ان هناك اتفق المتعاقدان في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا
على ان المامور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فيكون يكون هذا مثل
ذلك واجيب بانهما انما اختلفا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب

فكيف

ولما حلف كان القول قوله فلم يبق بخلاف الاجراء فكانوا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه ان يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية وفي اجارة اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ووجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والعابون في عمل القصار فلا يصير صاحب الثوب مستهلكا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند مساواة السبب ووجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك فان اختلفا في وجود الاجر فقال صاحب الثوب عملته لي باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حرفته ذلك العمل اي حليطاله وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا ان سبق ما بينهما باجر يعين جمعة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكر من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة هنا للاستحقاق لا للدفع باب فسخ الاجارة تاخير هذا الباب عن ما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ تفعيف العقد لا محالة ف ـــــ ومن استاجر دارا تفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة فذهب كلتا عينيه واما اذا كان يبصر بحائط سنطه لم يكن محتاجا اليه في السقي او ذهبت احدى عيني العبد فلا تفسخ له قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانما ترد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا الفرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا زال الموجر ما به من العيب لان الخيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار وانقطع الماء عن الضيعة او انقطع المأء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القايل هكذا ذكر في كتاب البيوع ولو سقط الدار فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غايبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد

بشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع وبانه المصنف رحمه الله على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل عن روي هشام عن محمد فيمن استاجر فاهدم بناء الموجر ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنبيه منه على انه لم ينفسخ للعقد ينفسخ واستدل على ذلك بانه المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله ولو انقلع ما الرحا والبيت ما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخ لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من الموروث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قرارا لانتقال ما لم يملك الموروث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم تنفسخ لانه ما اشرنا اليه وهو ضرورة المنفعة لغير العاقد وقد بقي بعد الموت كذلك ونقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجرة المتقدمة احد العاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لم يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولم يكن ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستاجر له دابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجدته دابة اخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة ولذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الموجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يرد نقضا على القياس كخيار الحياض والاواني ونقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كل ما فات العاقد لنفسه انفسخ ولم نلتزم بان كل من انفسخ يكون موت العاقد لا ان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير من عقد له منتفية بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وقد بقي بعد الموت كذلك ـــــ وبيع شرط الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة

على انه اذا لم يوجر بالخيار فيها ثلاثة ايام فوجها جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا هنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي ليقع فيه العين وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم وكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احترازا عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احترازا عن الصرف فان الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض الباسل الموجر بعد مضي المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلم اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم اولم يطلب ثم هلكت كان ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض فيما بقي من السنة عندنا وقال الشافعي يمتنع من ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان فسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عندنا في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما بقي وله العقد قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يكون فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستاجر بيان فرع اخر لنا الا استثناء حيث لم يكن الخصم قايلا به وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا ان المنافع عندنا بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع لا يفسخ بالعذر وقلنا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يعم الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا لتحمل ضررا يد لم يستحق به ونعني هو المعنى العذر عندنا والشافعي يحوج بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه الوجع فزال الوجع او استاجر انسانا ليخدم وليمة العرس فماتت العروس او استاجر رجلا ليقطع يد الاكلة وقطعت بعاش بريئة

فانه

في بقية السنة

فانه لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد الصحيحة لان في المضي عليها الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم ثم قال ثم قوله اي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي الاجارة اي الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة بنية تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وذكر وجهه في الكتاب وذكر في الوجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيه نظر غير مرة وصحح شمس الايمة السرخسي رحمه الله ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لان يظهر العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له فيه رأي منعه عن ذلك ظاهر حلا مواضع تنبيها قوله ومن اجر عبدا ثم باعه فليس ببذر هو لفظ اصل الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعدما اجر اختلفت الفاظ الروايات وقال شمس الايمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يحيط باجر فراس ماله الخ يحيط والمفراض فلا يتحقق فيه الافلاس قيل وقد تحققوا فلاسه بان تظهر حيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او لحقه ديون كثيرة ويعسر بحيث ان الناس لا يأمنون على استهلاكه قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يساله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي يساله ان فلانا هل يخرج معكم او لا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله مسايل منثورة معنى المسايل المنثورة قد تقدم وحصيد الزرع اي جز والحصايد جمع حصيدة وهي الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل عند اذا كانت الريح هادية قال في النهاية من هذين اي سكن وفي نسخة هادية من هذا الهمزة اي سكن وهذا التفصيل الذي ذكر من الهادية والمطمئرة اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله قوله واذا افسد الخياط يعني اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف

بالنوف

بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العرض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العرض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مالها الولاء والولاء من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك فالكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارات لان نسبة الديانات اولى من العرضيات وقدم الاجارات لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد فخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق تم بالمولى لكنه افي النهاية ولما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا احتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون المعتق على مال وسببها ما سر غير مر من تعلق البقاء المقدر وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى بالا معلوما قدرا وجنسا وحكما في جانب العبد امكان الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا اقتضه فالفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قبلت كان ذلك كتابة وقال له جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اولنجم كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب الولي عبده او امته على مال شرطه عليه باذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او للندب ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم اخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب يتحمل او مندوب او مباح نبه عليه بقوله وكذا البسا مر بالكتاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال وانما هو امر ندب هو الصحيح احتراز الحاق لبعض مشايخنا ان الامر للاباحة لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ان علمتم فيهم مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما كاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لا نها ثابتة بدونه

بلا عوض ح

بلا ذكره

وقوله ح

الغاء الشرط ايا ذكره
الندب وتقريره ان
في الحمل على الاباحة
الشرط

مشهور

وهو رجل معروف عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة وكان المستقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيرا بالنصف وهو مجهول وان تقبل العامل كان مستاجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة لمنابع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما فاحدهما يتقبل القبول من الناس والاخر يتولى العمل بحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بعاقبة صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل انما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامها ما لا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكنا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الاخر جاز فكذا هذا المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكر المصنف فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله ههنا الوجاهة تقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب لشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة الاجارات لم تفسد الجهالة فيما يحصل كما في الشركة قوله ومن استاجر حمالا ليحمل عليه محملا ظاهرا والوطاء والوطاء الفراش والدثار جمع دثار وهو ما يلقى عليه من كساء وغيره قوله رد الزاد معتاد حتى جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد المأكول والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع بالـــــ المكاتب قال في النهاية ورد بعقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله

بلغ مقابله
بحب الطاقه

بمقابلة

بلا تفاوت وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال الامر
الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور في قوله تعالى ما قدر بعضهم ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح وجب
حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من
التزامه ولا يعتق الا باداء البدل وهو قول جمهور العلماء لقوله صلى الله عليه وسلم
ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو رقيق وقال صلى الله
عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في وقت عتق المكاتب اختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادي وعند ابن عباس
رضي الله عنهما يعتق كاخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة
عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى جميع بدل
الكتابة واذا لم ينقل المولى اذا ادينا فانت حر وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق
ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان ادينه الي فانت حر لان الكتابة عند ضم نجم الى
نجم تلوض على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان تؤدعها الي في كل شهر كذا فلم
يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا
ضم حرية البدل الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فثبت وان لم
يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يحط
شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي رحمه الله يستحق عليه ربع
البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى واتوهم من مال
الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الاية على ذلك
خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال الغرب كالصدقات
والزكوات فكان الله امرنا بان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به
على اداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا
الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة
عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يتال القران في النظم
لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة
غير الموجب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال ويجوز ان يشترط
المال حالا لان بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من
يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من اجل
يتقدر به على البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لطار صيني
بالخمس البدلين فلا بد له من اجل اجاب بقوله بخلاف السلم على اصله لانه

قيمة نفسه وعند زيد ثمانمائة كما ذكرنا وهو صحيح المختار ويعتق اذا ادى

اهل

اهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام
على العقد عليها فثبت ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب اثبت لان
المسلمين مامورون باعانته والطرق مشرعة استدانة واستقراضا وانتهاب
واستغانة الزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على
العقد عليها ثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم من بهم شرط التنجيم لانه
عقد معاوضة وهو يعتمد المقوم عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ووجود المقوم به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع
من لا يملك الثمن وبدل الكتابة مقوم به لاستحالة قاشبه الثمن في البيع والقدرة
عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه مقوم عليه ووجوده شرط فاشبه
البيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من اصلنا ولذا ذكرناه في التقرير مستوفى
ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرامة العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر
من مولاه ان يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء واستنع عنه يرد رقيقا بالتراضي
او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس للاجل فيه ظاهرا
فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي لا يعقل البيع والشراء جائز لتحقق الركن
منه وهو الايجاب والقبول اذا العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا
بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي فيه وهو اي هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن
الصبي في التجارة فانه لا يجوز لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له
وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد وتضمن رابه يتجر اي الولي
والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول
لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه عبر لا يعتق ويسترد
بما دفع قوله ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا
واحر فانت حر فاداها فانت حر لبيان ما يفيد فاتت الكتابة بلفظها فان
المجموع المذكور مفيد لذلك فان قول جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي نجوما
يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستادي عبده الضريبة ولا يتعين جهة
الكتابة ما لم يقل فاذا ادية فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس
بلازم وانما ذكر لحث العبد على اداء المال عند النجوم والمكاتبة بدونه صحيحة
ولو قال اذا ادية الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية
رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل التقسيم
وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في
الكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله قبل اي في روايته لا يكون مكاتبا قال
فخر الاسلام رحمه الله وهو الاصح اعتبارا بما قال اذا ادية الي الفا في هذا الشهر فانت

والمعقود به ووجود المعقود عليه

حجر

حرفا لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تنسيرا لها لانه يدخل في سائر الدرجات وقد تخلوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ مخصص للكتابة ليكون تنسيرا لها فلا يكون كتابة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة خلوها عن المفسد بعد تحقق مقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج عن يده فلتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم ما لكيته بدل الحاصلة في الحال الى ما لكيته نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما وما لكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان ما لكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا وجب عليه المولى وجب عليه ارش ولو ولي الكتابة لزمه العقر فيتحقق الضم او يتحقق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طويلا كان او يمرض لغاية عتقه او لا لان مقصود المولى وهو ادا البدل قد يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فسيأتي من قوله على ما سيرد ومنا عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما سيرد ومنا على المساواة وتعدم ذلك اي المساواة باعتبار الشاوي ان لم تجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه ثبت بها للمكاتب نوع ما لكية وهو ما لكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل واما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا تصح به الكفالة فلو شئت العتق باجزاء كما قال ابن عباس رضي الله عنهما على ما سرفات المساواة فانتفت على ذلك التقدير ايضا لان نوع ما لكية ثابت من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فاين المساواة لان نوع ما لكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان تجز المولى عتق عتق بصفة لا بالكتابة المتقدمة لانه ما لك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة كحصول ما يقابله مجانا واذا وطي المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بما تمليه اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان قابلة الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم فالزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطيها بشبهة ولو كان الوطي لاخذ المنفعة لتقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بالايلاج واحدا وان جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت احق باجزائها

فصل في الكتابة الفاسدة وحكمه تأخير الفاسد عن الصحيحة لانخفى على احد

قال واذا كاتب المسلم عبدا جمع فيها امورا تفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها امالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد

لما قال المساواة

بقدوم

نفسه او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكر واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال ان ادیت الي فانت حر او لم يقل لي ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لغالب روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صون ويعتق باداء القيمة ايضا قيل باداء قيمة نفسه لانه بدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر جملة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك عن ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان ادیتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كاتب الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان ادیت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة فانها ليست بمال اصلا ولا يمكن معنى اعتبار العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتسليم عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمة كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وتجب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت بالقيمة او المسمى كيلا يبطل حق في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل باعتبار القيمة ان ما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كانت القيمة على قيمة يعتق باداء قيمته لانه هو البدل واما كن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة استحق على المسلم تسليمه ولم يذكر ان القيمة باداء اي الامرين اما ان يتعادا على

ان ادى الخمر او الخنزير فانت حر فحاله ما امكن اعتبار معنى العقد فيه وهو وجوب العتق عند اداء البدل بشرط بخلاف الميتة صح

فلان وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب قيمته

لانه تعلق حق الحرية بالعين فيجب التيمم لخروجه عن ملك المولى بالاداء فصار كالعبد المغصوب اذا ابق بعد ما قبض بالقيمة

ما ادي قيمته ثبت كون المودي قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد ولما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يود الى قصي القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفسد البطلان ولا يعتق بادائها اجاب بقوله واثر الجهالة في الفساد اي في البطلان كما في البيع فانها تفسد لا يبطله فان قيل الكتابة على ثوب حيث لا يعتق بادائه وتعتبر القيمة عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس كموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان ادي القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق والا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عندنا في الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول القدر او الجنس فانه لا يعتق العبد بادائه القيمة ولا تعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة قال ولذلك ان لو كاتبه على شيء بعينه ليس بحر اذا كاتب عبد على شيء هو ليس بحر فانما ان يتعلق بالتعيين كالفرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فانما ان يحبس او لا فان لم يحبس فانما ان يملك المكاتب بسببه واداه الى المولى او لا وعلى ذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي ليس بحر لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بذرائها في الذمة وان تعين به ولم يحبس ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان يحبس ولم يرد تفيتا لان المسمى مما لا قدرة على التسليم هو هو مما شبهه ما اذا تزوج امرأة على عبد بعينه ان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لانها مثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا مما ليس بمال وجه الظاهر ان التعيين في المعاوضات معتبر وعليه والمعتبر وعلية شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان بدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنيا جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا يتكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فصار عقد الكتابة بمنزلة المعاوضة فيصير البدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى

ما الكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق بادائه كما يعتق بادائه القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب

القدرة عليه

وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل ومخلصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال معرضا المال من العبد فتصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه ليس بحر والجامع بين ما اجاز المالك وبين ما لم يجز ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاتب لكن لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الادامة ولا حاجة الى الادامة فيما اذا كان البدل عينا معينة لعين والمثلة فيه اي فرض المسئلة في ذلك على ما بينا ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجازة ذلك اولم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجز لكن ملك المكاتب العين بسببه واداه فعن ابي حنيفة رواية ابي يوسف عنه وروى ابو يوسف ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له افاديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك اولم يقل لان العقد ينعقد صحيحا لكون المسمى مالا يعتق بادائه الشرط وان كاتبه على عبد معين في يد المكاتب لا يجوز وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وفي الذخيرة ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه ليس بحر وقد ذكرنا وجه الروايتين في نهاية المنتهى ولم نذكره هنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار قال وجه رواية الجواز انه كاتبه على ما لا معلوم معتاد ورد التسليم فيجوز وجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان مأذونا بالتجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة بمثلها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا كاتبه على مائة دينار واداها كاتب على ان يرد عليه عبدا بعينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف

وهذا

مائة على

الى الوسط وهذا بالاتفاق وكلما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل هو الاصل
في ابدال العقود قالا بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء استثنا
العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح اعتبار قيمة وهي لا تصلح بدلا لتفاحش
الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه
كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او
ردي جازت وتصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدر ابو حنيفة رحمه
الله في العبد بمائتي درهم وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه والنظر
في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون
البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان
المجهول اذا اتت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوصية
والوسط فيه نظر للجانبين فيجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف
في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقد سر في النكاح فصار كانه
اتى بعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة وتتحمل في الكتابة
لان مبناها على المسامحة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك
الى الحصاد او الدياس او العطا صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما اجاز
الكتابة على الوصفاء هي جمع وصف وهي العبد للخدمة وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل
شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول والاجل المجهول لا يجوز فكذا
الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من
حيث انها ايفاء او من حيث انها ايلاء لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال
وهو الرقبة للحال على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في انها في ان
مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف
البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل ان يقول
دابة او ثوب لم تجز الكتابة لانها تشتمل اجناسا والثوب فتفاحش الجهالة واعترض
على المصنف رحمه الله بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب
على عبد لان المصنف رحمه الله ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا فهذا
لم تجز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة
مثلا او متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع
وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما ينبني على المماكسة كالبيع والوكالة
وما ينبني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال ـــ واذا كاتب النصراني
عبدا وهما يعتقدان قيمة الخمر فاسلما او احدهما قبل القبض بطلت الكتابة
لان الخمر ليست بمال في حقنا والمسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها وبيع
التسليم تمليك الخمر لان الفرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد
بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة
والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم
من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان
ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا باع
الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كان وقع
عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا يصلح عوضا في البيع فيفسد
ويصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كانت على وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة
يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على اصله لان البقاء اسهل من الابتداء واما
قيد بقوله قبل القبض فلما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب
في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق
لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض
الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تخرج الكتابة
لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل
انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق
العتق بادا البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر الترتاشي انه
لو ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق بادا الخمر روايتان والفرق على احدهما
بينها وبين المسلم اذا كاتب عبدا على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه
المسئلة انقلب الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق للخمر بدل هذا العقد لانه انعقد
صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بناء صحيح
والخمر بدل بنفسه فبقاء صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة
المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي لذلك فلا حاجة الى اخراجها عن
البدلية واذا بقيت به لا عتق بادائها ـــ باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعله لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز
للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح
قال ـــ ويجوز للمكاتب البيع والشراء فتقدم هذه المسئلة في كتاب
المكاتب حيث قال ـــ واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج
من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانا ثمة وجه الاستحسان ان هذا
الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد

في

وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ماهو المقصود بالعقد وذلك
قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان بنائيه والشرط المخالف لمقتضى
العقد باطل فان هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد
يعني ان الشرط الباطل فان قيل هنا يقتضي بطلان العقد يعني ان الشرط
الباطل للكتابة اذا امكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا
قال كاتبتك على ان تخدمني مدة ازمانا وهذا ليس كذلك لانه لاشرط لا في بدل
الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهذا ابي التفصيل لان الكتابة
تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ فبدل
الاحاد يشبه النكاح من حيث انها معاوضة ماله بغير مال فملنا فيه بالشبهين
فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه
النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول ان الكتابة
في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك
لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما سقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد
فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق وهذا الشرط يختص
به فهو داخل في الاعتاق لا يبطل بالشرط الفاسد قال والتزوج ليس
وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود
مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل
الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع
عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لان اذا اذن له المولى بذلك جاز لان
الملك فيه قايم ولا يجب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكما منه فيه ظاهر
والمجاهز عند العامة هو الذي من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار
بالجهاز وهو فاخر المتاع وليس فرضه خروج المجاهز لذا في الغرب ولا يتكفل لما ذكر
بنوعيه يعني في الحال سواء كانت امر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع
محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا ما ادى
للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه
فكان ككفالة المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم المتصرف
لا بيان في ذلك ولا يضر اجيب بانه يضر فربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس
على ذلك وهو محل الاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته
جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب لمولاك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد
وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه عين كالمبيع بخلاف الاعتاق على مال
فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب الاول فان العتق يحصل له في الحال

انما يبطل ح

والاعتاق ح

كفالة ح

بنفس

بنفس القبول من غير توقف على ادا المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان
تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب
الثاني بدل كتابته قبل ادا الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاه للمولى
لان فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة
المولى الاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى الاول
ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة بان قال مولى زيد وعتق زيد مجازا وان
كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستحقاق على مواليه فاذا تعذر اضافته
الى مباشر العقد لعدم الاهلية بكونه رقيقا اضيف اليه اي الى المولى لكونه
علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد
لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان الولي
جعل معتقا مباشرة وقيد بقوله مباشرة ليلا يرد جر الولاء فان ثمة مولى الجارية
ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف
الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا
عتق نال فجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق
الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل موت الولاء وهو الاصل ثبت له
ق ـــ وان اعتق عبد على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك
ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر
ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فتفريع له لان من
اشترى عبدا ووجد ذا زوجة تمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر
وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال
قوله وكذلك الاب والوصي ظاهر وقوله وليس في تزويج الامة والكتابة
نظرا اما في تزويج الامة فلما مر انفا واما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا
فربما كان العجز بعد ادا النجوم وذلك لا شك في كونه نظرا وقوله فاما
المأذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في
بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل
بنقل عن الزعفراني وعين ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على
الاتفاق وفيه ما فيه وقوله هو يعني ابا يوسف قاسه على المكاتب فان الكتابة
يجوز له ان يزوج الامة فكذلك المأذون له واعتبر بالاجارة اي اعتبر
التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز ان يوجر عبد وامته فكذا يجوز له
ان يزوج امته وقاسه واعتبر مترادفان وقيل استعمل احدهما بين العينين
اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين اللفظين اي التزويج والاجارة لان المالية

حكم المال ان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء انتقل عن المعتق مباشرة ح

بين البيعين ظاهر اذ في كل منهما ملك المحل والحلال التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم او لو سلم فلم لا يفرق بين المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله وانه اي التزويج دليل اخر معناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة بغير مال اولى من اعتبار بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملك هو اي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال فصل لما فرغ من ذكر مسايل من هو داخل تحت الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسايل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته فقدم الاب في الذكر ههنا على ابنه للتعظيم واما في ترتيب التوقف في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا بعد الكتابة او مشتري والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يكون من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا موجلا واما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس لذلك بل اذا عجز المكاتب يبيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبدا على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لا لتقرر قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا

والمكاتب لن المأذون ح

يسقط ما يخصه

ما يخصه ثم المكاتب اذا اشتري من بيته وبيته ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يلن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشتري دارا محرما منه او ولدا لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة يقتضيها ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان المكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشتري زوجته لم يفسد النكاح والكسب يلغي للصلة في الولاد لا في غيرهم الا ترى ان القادر على الكسب تخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر وكان هذا اي قرابة الاخ توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط يلي الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين والحقناها بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحواشي عتق عليه كما اذا ملك والدا وولدا وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لان الالحاق بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال الاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمالهما احدهما قال واذا اشتري ام ولده او امة المكاتب فانه اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب يوجب من الوجوه فلهما فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رحمه الله له ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضل معه فموله وان عجز عاد وهو ماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ وما يقبل لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولدا تبعا لثبوته في الولد ما عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولنا يل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكرنا في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه منافي لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملك الاب وقوله والقياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد للمكاتب ولد من امه

وكسب المكاتب يقبل الفسخ ح

يفيه يعني ولا نفي فيه ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

له دخل في كتابته لما بينا في المشتري يعني في أوّل الفصل حيث قال لانه من اهل
ان يكاتب أن لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري
فمن اين لذ ولده من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك
التسري لا يحل له وطي امته لكن ان وطي وادعى النسب ثبت النسب كالجارية
المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطيها لكن ان وطيها فولدت وادعاه ثبت
النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب
قال الولد ولد والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها
ولا يضمن من قيمة الولد شيا لان المكاتب بالدمن حق المال في كسبه ملك الدعوة
كالحر فقام الملك له في نصفها ههنا فثبت نسب الولد منه من وقت العلوق
ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع السعي تبعا لثبوت حق الولد فوله
وكان حكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لان
كسب الولد كسب كسبه اذ الولد لكسبه وكان ذلك قبل الدعوة فلا يقطع
بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده ولذلك اذا ولدت المكاتبة من
زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مولدا فصارت
من الاوصاف القائمة الشرعية والاوصاف القائمة الشرعية في الامهات
كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مولدا ان
اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الاجنبة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها
يجوز لان امتناع البيع في الاجنبة غير مؤكد اذ الاباق ما لا يد ومرد ولذا
بيع المتاجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما امتنع بيعها الا مقرونا
بشيء لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القائمة احترازا عن مثل هذين
الوصفين وقولهم الشرعية احترازا عن السواد والبياض والطول
والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع
امه قال ومن زوج امته من عبد هذا ايضا على ان الاوصاف
القائمة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في
كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الامارج اشارة الى ما ذكرنا ولهذا
استوضح بقوله ولهذا ثبتها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها
وكسبه لها في دخول يتبعها في الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان
فايدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الامارج لانه جزء منها بحيث
تعرض منها بالمعارض وان تزوج المكاتب بامر مولاه امرأة وزعمت انها حرة
فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذها المكاتب بقيمه يردها الى
المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها

احرار

احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في
نكاحها الا ليثبت حرية الاولاد يجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود
الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير
ان قيمة الاولاد عنده بمنزلة اولادها الى ما بعد العتق وانه اشار المصنف
رحمه الله بقوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الى آخره ثم اذا غرم
القيمة يرجع عليها عند لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين
والمولود بين رقيقين او هذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق
والحرية لكثرة كما هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة رضي
الله عنهم وقد قررناه في التقرير وههنا ايضا ولد المكاتب لبين في معناه لان
حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان
المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحقين بالتاخير فيبقى
على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطيها بغير اذن المولى او باذنه
لكنه قال بغير اذنه لتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل
فعليه العقر يوخذ به في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطيها على وجه
النكاح لم يوخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم المأذون له كذلك
فان كان او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقرير الكتابة اوجبت الشراء
والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فكذلك النكاح
ويأتي كلامه ظاهرا محتاج الى شرح فصل مسايل هذا الفصل نوع
آخر من حبس مسايل الفصل الاول فصلا بفصل واذا ولدت المكاتبة
من المولى وذلك بان ادعاه في الحياة ان شاءت مضت على الكتابة وان
شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى ولد بنته
لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من
غير تصديق وانما تخير لانه تلفتها حتما حرية عاجلة ببدل واجله بغير بدل
فيتخير بينهما ولنسبه ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر
وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير
وانه يملك تحرير ولدها من غير قصد فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق
الاولى قوله وما له من الملك دليل قوله ولنسب ولدها ثابت من المولى
ويندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا تصح دعوته
لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى
مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت
لنسبه فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذ العقر

٩ ... فيكون رقيقا ورقيق

فالكتابة اوجبت العقر

من مولاها اي مهرشلا لاختصاصها بنفسها ومنافعها على ما قدمنا يعني قبل فصل
الكتابة الثاني بقوله لانها صارت اخص باجزائها فتوسلا الى المقصود
بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد صيرورتها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها مال الكتابة على ما ذكر قال قبل وجب ان لا يسقط لان الاكساب تسلم
لها وهذا اية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة فالنظر الى ذلك
لا يسقط البدل ويشبه الشرط فالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال
لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا يبطل فلما عتقت
بالاستيلاد بطلت حجة الكتابة فجئنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب
علا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة علا بشبه الشرط وان مات
هي وتركت مالا يودي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لانها جريا على موجب
الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا
آخر وهي ما ضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت كما ان نسب ولد ام الولد
انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرما لوطيء وهن محرر وطيها فلا بد من
الدعوة ويأتي كلامه ظاهر قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز
واذا كاتب المولى ام ولده جاز كما ان الكتابة ليتوسل بها الى ملك اليد
في الحال والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا
المعنى قبل موت المولى لحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال احد هما يقتضي
العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت لهما فكانا متنافيين
لانا نقول لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلمعا هما على سبيل البدل وعورضا بان
مالية ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة فكيف يقابل بالبدل متقوم
واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في
اول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم
وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاولياء فانه يقابل حصة
الآخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد
وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا
عتقت قبله لم يحصل توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع بقائها
فلا فائدة بالنسبة الى البدل ويثبت في حق الاولاد والاكساب تنتفي الاولاد
وتخلص لها الاكساب وقيل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلان
وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة
متصور بامتناز من احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان
يبطل بانتهائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق

هو

هو واولاده ويخلص له ما بقي من الكسابه وحيث اشتغلنا فيها الى ابطال الكتابة
نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول اشرنا اليه لا يقال في كلام
المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع تمامه من غير فائدة ثم علله بالنظر
له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة
هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل للثانية بالاولى وللاولى بالثانية فتامله فلعله
سديد ولو اد بالمكاتبة بالنصب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة
الكتابة وهو تقدير مضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان
كانت مدبرة ته وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من ام الولد ووضعها في المبسوط
في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير
مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان
مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة
او في جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد اوضح كلامه فيتعرض
لبعضه زيادة ايضاح قوله فتخيرت الى آخره تخيير فائدة وان اتحد الجنس
لجواز ان يكون ادا الكثر المالين بامتياز الاجل وادا اقلهما اعسر لكونه
حالا فكان التخيير مفيدا قوله وجب عليها احد البدلين فيختار الاقل قد
اعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجز عند هما عتق كله بالتدبير لعتق بعضه
بحلول نصف الكتابة نظرا لها فنقيها لذلك فلزمها ان تؤدي اقل فيحصل النظر وجوبه
قوله انه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك
على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير
فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما قرضناه سالما غير سالم هذا اصل بالمحل
وقوله فصار كما لو اتاخر التدبير عن الكتابة وصورته ان يكاتب عبده
اولا ثم يدبره ثم كوت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق
وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا
اي ملتزما فانها تسعى على احد ان اخراجها عن الملك لغير الاعتاق غير جائز
فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال
تخرج من ثلثه فقد استحقت حرية ثلثها باستحقاق الثلث باتيه قطعا والظاهر
البين ان الانسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فتعين ان يكون
جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وقيل ان يقول لو كان
كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين
لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف كما لا يقول بتجزي الاعتاق

الكتابة ح

ايسر ح

كلها وان لم يترك غيرها
فقد استحقت حريتها

واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فالجواب ما سرانا حكما بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له وقوله اذ لا استحقاق عند اي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة وان دبر مكاتبه صح التدبير لما بينا انه بلغ احتمالها حرية ولهما الخيار ان شاء مضى على الكتابة وان شاء عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المولى لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان ذلك على المولى فلذا ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى وما ترك غير ها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا فيها في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما العقد ار فمتفق عليه ومحمد مار على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق بينهما بين هذه وما تقدمت ما بينا ان البدل فيها مقابل بالكل الى اخره قال واذا اعتق المولى مكاتبه واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كالوباعه المولى واجر برضاه والظاهر رضاه توصلا الى عتقه بغير بدل لانه اذا رضي به بغير بدل يكون راضيا ببدل تام مع سلامة الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمحقق الواقع باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربا لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق بجعل الاسقاط الحال يتحقق في المستحق والمجل لم يكن مستحقا وهذا لا يجوز مثله بين الحربي وقد مر في كتاب الصلح ولكنا نجوزه اذا كان على مكاتب العبد الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه يقدر اداء البدل لاجله فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا ويكون اعتياضا عما هو مال من وجه

لانه لما بقي الكتابة في حقه اشار الى جوابه ما معنى ليت تقال قد يكون راضيا ببدل تام نظرا الى سلامة الاكساب له فلعله تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد اداء البدل له فهذا له حيلة ووجه لئن الاكساب سالمة له لما بقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب

مال

مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربوا وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو معتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتداد اذا الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فغير تحصيل للحاصل والجواب ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به وحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه فنحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كغير الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشيء يجوز ان تكون جهته في شيء ولا يكون معتبرا فيتبين انه اعتبر له ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربوا من وجه فيه شبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على واذا كاتب المريض عبده على الف درهم الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم يجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا لضرر تاخير حقهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يودي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة وثلاثين درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يودي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزايد على قيمته ومن له ان يترك شيئا له ان يترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا حالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لا لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يوخرهما كان احسن فتامل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز الرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق بحق الورثة لتعلقه بالمدبر فان المدبر لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق بحق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنوي بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق بالمبدل للورثة ليس له وعلى هذا الاصل اختلفوا اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة التاجيل وعندهما يجوز المشتري بين اداء الثلثين حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعند ابي حنيفة يعتبر الثلث

لين مستقيم لفظا ومعنى اما لفظا فلانه اعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلانه في حق المكاتب مال من وجه فان اراد بقوله فاعطى له حكم المال

بقي المعجلة تصحيحا للعقد ونظرا لهما وقوله وان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقرير ربوة وشبهة الربا

نا اثلثة ويكون درهما ح

نا ما يتعلق به لانه ح

بقدر القيمة ح

٢ في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان ولم تخرج التركة ادى ثلثي القيمة حالا او برد رقيقا في
قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل
الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط
والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في
ثلثي القيمة ٢ في حق الاسقاط ولا في حق التاخير باب من
يكاتب عن العبد لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل في الكتابة
ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالكتابة فيها وقدم احكام الاصل لان الاصل
في تصرف المرء ان يكون لنفسه قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف
درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى
عند عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحو في تصويره
فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم علي اني
ان ادیت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فبقبل بادائه علم الشرط
واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق العبد حتى خرج
البيع وتفوذ عتقه بادا هذا القابل وموقوف على اجازته فيما عليه من
لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له
الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء
كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك تعقد عتقه عليه فكذا اذا اجاز
بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك علي الف درهم ولم يقبل
علي اني ان ادیت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا
يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه
الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق على اداء القابل
فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قبل ما الفرق
بين هذا وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له
وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب ان ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف
على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع
على العبد لانه متبرع حيث لم يامر باداء ولا هو مضطر في اداء وهل له
ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال
واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني
بالف درهم علي نفسي وعلى عبدك فلان الغايب ففعل جاز استحسانا والقياس
ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه

والداجر

المولى

اي في توقف العتق

فان

فمن باع عبدا وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحا
باضافة العقد الى نفسه ابتدا اجعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا حتى تعتقوا
بامر ايجاب الكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في
كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه
كالمستشهد به لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان للمولى لو اعتق الاولاد
لم يسقط من البدل شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغايب
فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليها مقصودا حتى ان المولى اذا
اعتق الحاضر فقد عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق
الغايب سقطت حصته من الكتابة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من
ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف
فالجواب ان ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر
الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في ان يكون فيه جهة
اصالة اولا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا امكن تصحيحه
على هذا الوجه يتعذر به الحاضر فله اي فللمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل
لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه
وهذا يدلك على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد
عليه قوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في اول المسالة فان ادى
الشاهد او الغايب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله وتجبر المولى على القبول
اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع
اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال شرف
الحرية وصار كمعبر الرهن اذا ادى المرتهن فكاك عينه يجبر الراهن على القبول
لحاجة الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين وايهما ادى لا يرجع على صاحبه
لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغايب ههنا متبرع فلهذا
يرجع المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كهو في جواز الادا
من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل
وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضيه ان يحصل له الحرية وهذا لا يقال له عدم
الزيح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فانه لو لم يود فكان
مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان
ياخذ الغايب بشيء لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغايب لم يقبل وليس ذلك
منه بشيء والكتابة لا زمة للشاهد وان رده الغايب لا تزلرده وقوله في ذلك
لان الكتابة تاقت على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يعتبر بقوله فللمولى

٢ ص

الدين

لا يرجع والغايب متبرع به غير مضطر اليه وشله ص

كمعبر الرهن وهو الراهن مضطر ص

ان يأخذ شيئا من بدل الكتابة كمن قتل عبدا عن غير بغير اذنه فبلغه فاجاز لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا اقبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز واذا وضع المسئلة في الامة اشار الى ان الحكم في العبد والامة سواء انه لو وضعها في العبد لزعم توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الامر الحق لا ولاية لها تليف بالامة وايهما ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانهما جعلت انفسها املا في الكتابة وارلادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر في ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فلذا اذا ادى احدهما قيل وهذا فايدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى واقوى قوله ولعله اشار الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان قول الجواز ههنا قياس واستحسانا لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وارى انه الحق باب كتابة العبد المشترك ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال واذا كان العبد بين شريكين اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة كاتب وقبض بعض الالف ثم عجزت فالمال الذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وادى نجومهما وجه هذا الاختلاف ان الكتابة تجزي عنده خلافا لهما والاعتاق لا يتجزى وجه قولهما ان الكتابة من وجه فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة اما انه يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعلق العتق بادا المال ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فكذا هذا الكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عن كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يخصها وهو ولاية الفسخ لمعنى يرجع الى ذلك الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فحقق المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة فالمال قبل الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والعتق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر

واما

واما التعليق فلا يبين قوله ولذا لم يقبل البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من المبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه والمولى لا يستوجب على عبد شيئا بخلاف البايع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصل في النصف وكل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما ينبغي لذلك بعد التعجز كما لو كاتباه فتعجز وفي يده من الاكساب وكان النصف مآل الى قولهما حيث اخر قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطيها الآخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد كلا للاول بطريق البتين لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يجري عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر على الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملكه الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحريه عاجلة بجهة الكتابة والمرتضي بحرية عاجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتحقق الفسخ بنفسه لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيدنا بقوله ظاهرا لان الظاهر ان تقضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك حلت الكتابة كان لم تكن وبين ان الجارية كلها ام الولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق وبضمن نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كل عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر ونصف قيمة الولد ويكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قايما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه بالحر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كل العقر لانه وطي ام ولد لغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رحمه الله

من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من كسبه وبعد التجزي صار كسبه له من كل وجه ح

ام المولد للمولى يضمن كما في المدبر المشترك فان الاستيلاد دينا يجري بالاتفاق والجامع ان كلا من

ح

ح

ح

لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عندنا فكذا لابنها اجيب
بان هذا على قولهما ولنا على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عند
ابي حنيفة رحمه الله في تقويم ام الولد روايتان فيلزمه الولد مستقوما على احد
قوليهما فكان حرا بالقيمة وانما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز لان الكتابة
ما دامت باقية فحق التصرف لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت تعود الى
المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول وهي مكاتبة لدينهما بادا البدل
الى الاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول الولد الاول الولد وهي صارت كلها ام ولد
له لان امومية الولد تجب تكميلا بالاجماع ما امكن بان لا استيلاد ظلب الولد وانه
وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا تكمل في القنة بالاجماع وقد
امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به
المكاتبة وهي امومية الولد لانه لا ضرر لها فيه بل لها فيه قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا
للاستيلاد بقدر حيث لم يبق مجالا للابتداء بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما
وراء ما يتضرر وهو كونها حق اكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير
جواب عن قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبر المشتركة ووجهه انا قد قلنا
ان امومية الولد يستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ
فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبر المشتركة بينهما صح
استيلاده وقوله وبخلاف بيع الكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا فسخ الكتابة
في ضمن صحة البيع فيما اذا باع الكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد وجهه
ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى بقاءه مكاتبا ولو ابطلناها
تضرر به الكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر لا يصح ويجوز ان يكون بيانا له بقوله
وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وكل ما لا يتضرر به فان الكاتب يتضرر به فتبقى
الكتابة كما كانت قوله واذا صار كلها ام ولد له متصل بقوله صارت كلها ام ولد
له وتقرير لانه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له واذا صار كلها ام ولد له
فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه
لا يجب عليه الحد للشبهة وفي شبهة انها مكاتبة بينهما دليل ما ذكرنا ابو حنيفة
رحمه الله وانها تبقى مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولاحد عليه وطي
مكاتبة ويلزم جميع العقد لان الوطي لا يعري عن احدى الغرامتين وقوله
واذا بقيت الكتابة متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقرير وتبقى
الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له اي للاول قيل وهو خطا
اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة

ولا تتضرر يسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور
وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد
والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله
وفي ابقاءه يجوز ان يكون جوابا عما يقال ان الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة
وفي لا تتضرر يسقوط نصف البدل فيجب ان تنفسخ وجه ان في ابقاء عقد
الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر بالمكاتب لسقوطه
ورجحنا جانب المولى لان الاصل في المكاتبة عدم الفسخ والكتابة هي التي تقطع
العقد لاختصاصها بادا لمنافعها ولو عجزت وردت في الكتابة بحكم الفسخ الرقة
ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في قبل ابي حنيفة رحمه الله قال
ويضمن الاول الشريك في قياس ابي يوسف اذا كاتبه الرجلان عبدا مشتركا بينهما
كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا
عند ابي يوسف رحمه الله موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف
باليسار والاعسار وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصفه مكاتبا ومن نصف
ما بقي من بدل الكتابة لانه حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف
البدل على اعتبار الادى فلا نرد دينها يجب اقلهما لانه متيقن قال
صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم تكون حصته نصف درهم وقد
ملك احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف الدرهم القيمة وهو حصته
اذا كانت قيمتها الف درهم وقد ملك احدهما وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من
هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك
اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي
يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل
من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل لما الوجه قد ذكرناه واذا كان
الثاني إيطاءها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما
فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه
من وقت الوطي فتبين انه اي التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد
الغرور والملك وفي ام ولده الاول لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد
على ما بينا يعني في تعليل قول ابي حنيفة وهو قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد
الاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه
جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه يملك نصفها بالاستيلاد وهو يملك بالقيمة والولد
ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام الصحيح وهو الملك في الكتابة وهذا قولهم
جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول

الملك فلا يصح بدونه بخلاف
النسب فانه يثبت من الكل
اذ وجد الوطي منه لانه يعتمد

لا يصح دعوته لقيام المصحح وهو الملك في الكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف
مع بقاء الكتابة وهنا حايثت لانه استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك
للمدبر فيها فلا يصح تدبير ووجه ما بينا اي في تعليل القولين اما طرق ابي حنيفة
فقد ذكرنا الفاصل قوله وبين ان الجارية الى اخره واما طريقها فهو قوله لانه
لما ادعى الاول صار كما لو اعتق ام ولد الى اخره وان كانا كلبهما ثم اعتق احدهما وهو موسر
ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك بلبها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يرجع بلبها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كانها لم تزل قنة والجواب
فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة
رحمه الله اذا ضمن المعتق الساكت فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وبقي
الخيار وعند ابي حنيفة رحمه الله الساكت مخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق
وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند
ابي حنيفة ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق
وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا واما ترديد الاستسعاء فانها لا يريان الاستسعاء
مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان
معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة يراه كما هو مسلة تخيري الاعتاق
كما تقرر في اعتاق هذا اذا عجز فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي
حنيفة خلافا لهما وهو واضح ومبناه ايضا على تخيري الاعتاق وذلك لان الاعتاق
لا تخيري عند لم يظهر فساد نصيب الساكت ما لم يعجز فان اثر حينئذ ان يعجل
نصيب الساكت كالمكاتب وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك
في القيمة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتخير عتق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبر احدهما واذا كان العبد
بين رجلين دبر احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق
نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك
وهو ان اعتقه احدهما ثم دبر الاخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعي ويعتق وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله ووجه ان التدبير تخيري عند فتدبير احدهما
يقتصر على نصيبه لئلا يفسد به نصيب الاخر لبقي له خيار التضمين والاستسعاء
ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه تخيري عند ولئلا يفسد به نصيب شريكه
لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو
مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا
في قيمة فقيل قيمته تعرف بمعرفة المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المانع

اشكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا لان ضمان اعتاق

لسد باب التقول عليه فله ان يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فاذا اعتق الاخر صح

انواع

انواع ثلثة المبيع وما اشتمله في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والاقرار
والوصية والاستخدام واشباهه في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والرهن
والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والعاشر
من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يملكه بالضمان لانه لا يشمل
الاستقال من ملك الى ملك كما اذا اغصب مدبرا وابق فانه يضمنه ولا يملكه
فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه او باعه في المسئلة الثانية كان للاخر
الخيارات الثلث عند خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر
على نصيبه وافسد نصيب شريكه كما مر فاذا لم يبق له خيار التضمين لانه
بمباشرة التدبير يصير منهيا للعتق من الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان تناعد
اعتاق العتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت
ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون
التضمين مشروطا بتملك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتملك اذا كان
المحل وقت الاعتاق قابلا للتملك كما اذا اعتق اولا او غصب القن فابق او ابق
واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق
بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتملك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على
ما تعلق بالتملك سقط الضمان لفوات شرطه فصار معنى الشرط تفويته
مجريا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق
ويسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبر احدهما فعتق الاخر
باطل لانه لا يتخير عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن قيمته موسرا
كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا
لان تدبير صادف وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق
لا يتخير عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر باب

بلغ مقابلة

موت المكاتب وعجزه وموت المولى تاخير باب احكامه هذه الاشياء ظاهر التناسب
لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة قال واذا عجز المكاتب عن نجم النجم
هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يودي فيه من الوظيفة واذا عجز
المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال غايب يقدم لو
بحل ستين وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر للجانبين والثلاثة هي المدة التي
ضربت لابلاء الاعذار كما مر في الخصم للدفع فان المدعي عليه اذا توجه الحكم عليه
فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة يؤخر يوما ويومين او ثلاثة لابداء عليه
وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التاخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما
السلام حيث قال في المرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قرر صاحب الشرع

اي اظهار الاعذار

انه

مدة الخيار ثلاثة ايام والديون بالجر عطف على الهلال يعني اذا ثبتت على رجل ديون لا
فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه فان لم يبن له
وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجز حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي
الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق وعلقته بهذا الشرط فلا يوجد دونه
ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد
الوجود عند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين
والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت
طالق وبان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان احسنه
موجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا ارفاق في الطلب عند فلا بد من امهال
مدة ارفاق اما ولي المدد لذلك ما يوافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني
ولم يود المال الان تحقق العجز عن اداتها فيفسخ لوجود من التاجيل الذي اتفق
عليها العاقدان ولها ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم
واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والصبر
في تفسخ يجوز ان يكون للمولى الكتابة اذا لم يكن راضيا المولى المتبادرون ذلك النجم
على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ
فهل لسيده المولى به او تحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلاثة
لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا قوله والاثار متعارضة جواب
عن استدلاله باثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر رضي الله
عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الاثار اذا تعارضت
وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قالاه من الدليل
بقولهما ان سبب الفسخ قد تحقق الى اخره سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف
خطابه لا يعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال واذا اخل نجم عند غير
السلطان المراد بالاخلال ههنا ترك الاداء لا يفسخ بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا
على تقييد في اداتها فاذا اخل بهذا التفسير نجم عند غير السلطان اي القاضي
فعجز رده مولاه برضاه كان جايزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر وبالعذر
اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى
لا يقدر على ابطاله بانفراده تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه
يحتاج الى الرضا او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية
اخرى ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب ممكن في احد العوضين فلا عار

اي فيفسخ للمولى ح

وان يكون ذلك في اي فسخ القاضي الكتابة ح

الفقد

العقد لان تمام الكتابة بالاداء الان تمام العقد الفراغ عن استيفاء احكامه
فتشبه هذه الوجه بالوجود المشتري مبيعا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري
بالفسخ فلا تقضا فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما لا كسب في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبد وكسب العبد لمولاه
واما قال ظهر لان كسبه موقوف عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له
والا فلمولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب فله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي
ما عليه من ماله وعتق بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته وما فضل فهو ميراث
لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن
مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه
الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وماله كله لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله
عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل
فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان ثبت بعد الممات مقصودا
او قبله او بعده مستندا الى حال حيوته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق
ولا بد له من محل والى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود
المشروط بدون شرطه والى الثالث لان الشيء يثبت في الحال لم يستند وهذا
الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين
وهو المولى فلما بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاجل الحق
وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما تحتاج اليه القياس مع بيان
اصل منصوص عليه وفرع هو نظير له وناض فيه وبيان ان هذا النص في الحال
معلول وبيان ما يتميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه ملائمته للحال
المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وبعد الته يظهر
اثر في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك
فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد
من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع واشباهه فان بسط الله عليك
ذلك بفيض من عنده بعد الخشوع على الركن بحضرة المحققين فكذلك الفوز العظيم
قدرت ولا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذين ظهر عندهم
التحصيل عذرا فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون
انهم يحسنون صنعا قوله بل اولى بجواز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت
الكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون
العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه
ذلك ان المرجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك

بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه اكد من
حق المولى حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت اتى الملكية منه
للمملوكية فان المملوكية ضعف والموت ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي الملكية
ضرب قوة والموت ينافيها فيترك حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق نقل التركة
على حكم ملك الدين اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا
في الثلث او تسعيه الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت
فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون
اذا خلفه كما ذا به فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء قبل العتق
ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعتوق عليه لما تقدم ان المعتوق عليه هو سلامة
ملكية اليد قال وان ترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة
الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات عجزا باتفاق
لدخوله في كتابته فكان كسبه لكسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشتري
فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله قيل لها ان تردي
الكتابة حالة او ترد رقيقا فيها اعتبارا بالمولود بجامع انه كاتب عليه تبعا له ولهذا
ملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فانه للمولى لا تصرف له في اكسابه
ولهذا لا يتقيد على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين
على ما ذكر في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثته ابنه لانه
لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من اجزاء
حيوته بطريق الاستناد وللحكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك
الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر ولذلك ان كون
الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثته ابنه لان الولد اما ان يكون
صغيرا او كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد الكتابة عقدا فيهما فالحكم بحرية الاب حكم
بحريته في تلك الحالة يعني اخر جزء من اجزاء حيوته على ما مر من استناد الحرية باستناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة
ذكر هذه المسئلة والتي بعدها ليبان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد
حر من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بالكتابة فالكتابة باقية وولاء الولد للاب
الا اذا عتقا الكتابة فلا له من المال المستطاب لان الدين باعتبار ما له من المال ولكن لا يحكم
بعتقه حتى يودي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا من اثبات القضاء
بالاداء لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لمولى الاب فلانه لما حكم بعتقه لم يظهر
للولد وكما في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضي به اي بوجب الجناية على
عاقلة الاب لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء تقرر حكم الكتابة

فلان

بقدر الاداء

سائر

فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا

وكما يقرر شاء ابطله اما انه يقرر حكم الكتابة

فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد موالي الام وانجاب العقل عليهم على وجه تحمل ان
يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى موالي ابيه لان المولى بالنسب والنسب انما يثبت من قوم
الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملا
عن نفسه عاد النسب اليه فكذا ان الولاء كان انجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم
يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما تقرر شيئا لا يبطله قليلا يعود على موضوعه بالنقض
قوله وان اختصم موالي الام الى آخره هو المسئلة الثانية وصورتها ما تعذا
الولد بعد اجنبي الاب واختصم موالي الام فقال موالي الام مات رقيقا والولاء لنا وقال
موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضي بولايه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة
لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء المقصود وهو واضح وذلك ينبني على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا ثبتت
واتصلها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا الى بقاء الكتابة
وانتقاضها فصل يجتهد فيه كما مر فينفذ ما لا فسخ من القضاء واذا كان القضاء
بالولاء لهم فذا الفسخ الكتابة لازم وهو احتمال لجزء الولاء لما تقدم في المسئلة
الاولى ان ذلك لجزء للابن والشيء ينتفي بانتفاء جزء فيبطل فسخ الكتابة مبني على نفوذ
القضاء لزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ثابت
رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احد البطلان بمرجح واجيب
بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لا في فصل اجتهد فيه نفذ بالاجماع وصيانة
ما هو مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلف الصحابة في بقائها قال
وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كاتب المكاتب اخذ من الزكوات
شيأ وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى
بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه فضاء
عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها
فيما اهدت اليه وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية
وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما
لان المباح له بقاء وله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظير المشتري شراء
فاسدا اذا اباح لغني لا يطيب له وكذا ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك
الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه ما لم يجز يتبدل الملك فان عند ان المكاتب
اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ ولهذا انتقض الاجل وهذا انتقض الاجل في المكاتب
اذا اجرامته طيرا ثم عجز وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتبين ملك المولى عند
فان للمولى نزع ملك في اكسابه وبالعجز بقاء ذلك الحق ويصير فيما مضى كالعبد
المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته طيرا ثم عجز يوجب فسخ الاجل لان

وهو الى الام ح

صلى الله عليه وسلم ح

لا يجوز صرفه الى فاضل

اوجب ح

المكاتب ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذا وصل الى طيبه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة واما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان الكتابة عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدا بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز تاكد ذلك كما ذكرنا انفا وههنا سوال مشكل وهو ان ملك الرقبة للمكاتب فانه كان للمولى فاي تحقق تبدل الملك وجيب بان ملك الرقبة للمولى كان معلوما في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس له ذلك لا تتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل وليس بان فلا نسلم ان مثله تبدل العين الاولى ان يقال المولى ليس له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء وتجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كالو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بينا لدفع والفداء ان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا بامر عن عاجز عنه فان حالة المستحق لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع عنه حالا الكتابة قائم اما عن الفداء فلامر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذر مالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكامر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقتض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطاء فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر وهو بسبب الكتابة وهو اكتساب وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة وارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجعل المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه اضن بكسبها هكذا ذكر الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف الى قولهما وكان يقول اولا لا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت

لكونه اذا وصل الى طيبه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة واما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان الكتابة عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدا بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز تاكد ذلك كما ذكرنا انفا وههنا سوال مشكل وهو ان ملك الرقبة للمكاتب فانه كان للمولى فاي تحقق تبدل الملك وجيب بان ملك الرقبة للمولى كان معلوما في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس له ذلك لا تتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل وليس بان فلا نسلم ان مثله تبدل العين الاولى ان يقال المولى ليس له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء وتجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كالو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بينا لدفع والفداء ان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا بامر عن عاجز عنه فان حالة المستحق لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع عنه حالا الكتابة قائم اما عن الفداء فلامر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذر مالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكامر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقتض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطاء فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر وهو بسبب الكتابة وهو اكتساب وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة وارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجعل المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه اضن بكسبها هكذا ذكر الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف الى قولهما وكان يقول اولا لا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت

اذا لا بد وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادته حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل ح

كان للمولى ح

بمنزلة ح

ولعل ح

الزوال ح

الكتابة ح

فانه ح

يخلفونه ح

عتق ح

انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولما ان القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم لكن الكلام في انه قابل للزوال او لا ولا شك في قوله لان انفساخ الكتابة وعدم بقوفها في الحال فيتوقف على القضاء او الرضى فان قيل قوله ولم يثبت الاستيفاء في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب تصير ملكا في الحال من غير توقف على الرضا او القضاء فما وجه الظن في الدليل قلنا ظهور ان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصل فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قوله واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة حتى المكاتب لانها كسب حر يده وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء كالمرء اي موجبها الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يودي موته الى ابطال حق غيره وبقاء الداعي الى ماله الى ورثة المولى بخروجه اي موجبا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد لذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل الكتابة بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتب فان الكاتب يودي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل غير الثلث كاسقاطه قوله الا ان الورثة يحلفونه استثنا من قوله ولا يتغير قيل فكانه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال رضاهم مقامه في الاستيفاء ايسمى تغييرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت كما ان سائر الديون قيد ولا يسمى ذلك تغييرا فكذلك دين الكتابة فان اعتق احد الورثة لم يعتق عتقه لانه لم يملك اذ الكتابة لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن او مدبر او اعتقوا جميعا استحسانا ووجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان ان تصرفاتهم ابراء عن بدل الكتابة فانه يملكونه بجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فانه قيل فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا يصح لانه يملكه ابرا اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او ابائه لابي بعضه

الورث عن بعض البدل لم يعتق منه شيء واذا لم يمكن اثبات المقتضى فلا وجه لاثباته منه

على المؤثر

عبارة

اي الفداء

وفي كلية ان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابرأ البعض ولذلك لو ابرأ الكل لحق بقية الورثة والله اعلم كتاب الولاء اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من اثار زوال ملك الرقبة وقد ساق بموجب ترتيب الابواب على انهم المتقدم المكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب ليلا يتقدم الاثر المؤثر في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول اثنين بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عن تناصر يوجب الارث والعقل قال الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين ولاء ولد ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة انتقاما بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول اثر اصحابنا رحمهم الله ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وانما كان صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا لعمومه والثاني ولاء الموالاة وسببه العقد على ما سنذكر قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الى الشيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعنى فيهما التناصر بيان لمعقوله الشرعي قوله وكانت العرب تتناصر باشياء بيان وجود التناصر فيها فان العرب كانت تتناصر بها وبالحلف والمحالفة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يوالون بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق قوله وكان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتعريج الولاء ينتصر مولاه بسبب العتق ومن ينتصر لشخص يعقله لان القوم بالعزم حيث يغزم بنصر يغزو عقله والعقل احياء معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه لئير من الاحكام التي تتعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احيى عبدا معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاء يوجب الارث فكذا الولاء

ولانه

بالغرم

ولانه يثبت انه يعقله ويرثه لان الغنم بالغرم فقوله فان الغنم بالغرم في الجهتين فكذا اخره قوله وكذلك المرأة تعتق يعني ان ولاء متعتقها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما معطوف على قوله لما روينا يعني ذكر استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة روي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويتوجه في ثبوت الولاء للاعتاق عالما وبغير والعتق مقرابه او تابعه عند الاداء او تبين استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وما ذكر من المعنى المعقول فان شرط انه شائبه اي يكون حرا ولا يبينه وبين معتقه قال لشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى الكاتب كلامه ظاهر لاحتاج الى شرح وقد ذكر مسئلة جر الولاء وغيره مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناول له مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او عتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت احد التوءمين لاقل من ستة اشهر ثم اعتق الاب رجل اخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى مولى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والعقد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق واضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل البيقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوءمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والاعين كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالانجاب والقبول وهو لا يتحمل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر مولاء لمولى الام لانها لما ولدت كذلك تيقنا بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا بيقين تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولد بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الاب فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا الذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه واقوله

جر ولاء ابنه الى موالي امه وعلى هذا اذا اعتق الحر الحامل وولدها عتقا وولاؤهما لمولى الاب

ف

ابو حنيفة

فاذا صارا هلاعا د الولاء لانه انما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امراة مكاتب ماتت عن وفاء واعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من ستين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى الموالي لا مولى الام لانتقل عنهم وان اعتق العبد والجواب ان العود اليه يعود للاهليه ولم يثبت بهذا العتق للاب اهليه لتعذر اضافته الملوك الى ما بعد الموت وهو ظاهر وان ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطي ولذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالسكنى لانها اذا جاءت به لاقل من ستين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق بعتق موجودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاء كما تقدم وبين من هذا انها اذا جاءت لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه مختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لمولى الاب لتيقننا بمراجعته ودكر لفظ الجامع الصغير استنادا لعلى العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه واضح قال ومن تزوج من العجم معتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد بمعتقة العرب فولاؤها لمولى ابيها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وابو الهم لم لا ذوي ارحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة او خالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الاب وعصبته وعند ابي يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاعتاقه وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاء لمولى امه لان السبب الى الاب فان قيل لما كان السبب الى الاب وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيئا لانعدام اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له فينتسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية جبرت باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكر في الكتاب ومعنى قوله حتى عتبر الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعيرون بها في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك فكانوا متفاخرين بها ان الدنيا حتى جعلوا من له اب واحد في الاسلام كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المصنف رحمه الله الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع

العدوي

قوله وفي ابن مثل ما كان اي لا ينتقل على الولاء عن موالي الام لانه هذا الولد ولد في الرق عن موالي الام بيقين والولاء حادث بعد العتق بيقين فلا يزال صحيح بلا في الطلاق البائن حرام في العدة لعدم تكون الف ناشئا من الوطء الفراش او شبهته فبقي الولاء لموالي الام كما كان والله اعلم

الفدوري في معتقه العربي اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير ليبان ان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا واشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب

فافهم

قوله كالمولدين واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانما ينتسب الى قوم ابيهم فلذا اذا كانت معتقة لان النسب الى الام ضعيف قوله وان كان الابوان الى قوله الدان معتقين راجع الى اول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجل فيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لا سنوايهما والترجيح لجانب الاب لشبهة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء اولان المضرة به اي بالاب اكثر قال ولا العتاقة بفتح التاء هو حصول الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكر فهو خير له وشوك وان كفر فهو خير لك وشره وليمات ولم يترك وارثا نالت ابنة عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكر يعني ان شكر بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه اندب لما ندب اليه وشوك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره من ثواب الاخرة وان كفر فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الاخرة وشره لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته بدل على ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي يأخذ ما بقته الفرائض واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للعتق عصبة من النسب فهو اولى لان العتق اخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله لبنت انت عصبته وبالحديث الثاني ابي بحديث بنت حمزة تأخر عن العصبة ذوي الارحام وان لم يكن اي للعتق عصبة من النسب فميراثه للعتق تأويله اي تأويل قول العدوي هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض وحال اما اذا كان كله الباقي بعد فرضه وذكر واهن الجملة تأويلان احدهما ان معنى قوله صاحب فرض وحال سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للعتق شيء والثاني معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه

قوله سوى حال الفرض كالاب والجد فان له حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة منه

لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما رويناه وهو اشارة
الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا لكن انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا
اشارة الى قوله لانه عصبته لا يعني انما كان عصبته لان العصبة كما يكون
النسب صار به لبيت النسب اي القبيلة وتقرير العصبة من يكون انتصار القبيلة
به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله وكانوا العرب
تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة
تأخذ ما بقي عما مر الدليل وتقرير قوله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي فان مات
المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بنائه كما ذكرنا في الكتاب وقوله ما قدمناه
اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاقل من ستة اشهر الى ان قال جر الاب
ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق في النهاية ما قلا عن الدرجيني فليطلب ثمة قوله
ولان ثبوت المالكية دليل معتول على ثبوت الولاء من اعتق واعتق من اعتق
وتقرير ثبوت المالكية والعتق في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر دل من
ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب بالولاء وينسب
اليها من ينسب الى مولاها لان كلا من معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك
لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الاب لان سبب النسبة فيه
الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق
مقصورا على بني المولى لهو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون
لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تلزمه به
النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما وهو رواية امرأة عتقت عبدا ثم مات العبد وميراثه للابن
خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال والباقي للابن لان الابن يستحق
بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود
الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لو صار محروما عن ميراثه بقي ذا عن ميراث
معتقه ولهما ان اقرب العصبات تقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن
هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة
ولذا لو ترك جد مولاه ابا ابيه واخا لاب وام او اب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة
لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امرأة
اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد وكان وارث له غيرهما
فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الاقرب في العصوبة الا ان عقل جناية
المعتق على اخيها لانه من قومه وجنايته جناية على قومه فكذلك جناية
ابنها ليس من قومها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن

المعتق ح

عن ابن واب ثم مات ح

لها السدس ح

الابن ح

دون

دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عمر من الصحابة عمر وعلي وابن
مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لانه في السن على ما قالوا
الاثري ان للعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما
نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث السبب والعصبي اقرب فيستحق
الجميع بفضل في الولاء احرز الموالاة عين ولا العتاقة كان ولا القاتة
لانه عبر قابل للتحويل فان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى به ان يتقل
قبل العقل ومعنى الاقدمية مرافقة واما طلاحا وصورة هذا الولاء ان يقدم رجل
ويسلم على يدي رجل ويقول له اوالي بيني وبينك على اني ان مت فبوائي لكم وان
جنيت فعقل علي وعلى عاقلتك فقبل الاخر منه وله ثلاث شرائط احدها ان يكون
مجهول النسب بان لا ينسب الى معين اما نسبة غير اليه فغير مانع والثانية
ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون
عربيا فان قبل من شروط العقل عقل الاعلى وجريته فان سوالاة الصبي والعبد
باطلة فكيف حمل الشرائط بلقا اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة
المحتاج اليها في كل واحدة من الصور واما ما ذكرت فانما هو شرط دون فلم يذكر
واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق
ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح فلا يحتاج الى
تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي
الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون المثلث للمولى كالوا وصى
بكل ماله لاجنبي وله وارث معروف واجيب بانه جعله بمعقولا
وارثا عنه في سبب الوراثة بكل ماله والقرابة اقوى لان القرابة متفق
على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف
في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق
المولى معه لهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها ظاهرة
في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه لما وجب له
ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه وخلافا قوله
الا انه يشترط في هذا ان يكون الحضر من الاحر كما في عزل الوكيل فانه اورده
عليه بان سبب استراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل
بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في
الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضور كل واحد من الاعلى والاسفل
واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد
بينهما قوي فرد احدهما الزام الفسخ على الاخر بدون علمه والزام شيء على الاخر من غير علم

شبكة الألوكة www.alukah.net

لان فيه م

به نفسه ضرر لا محالة فيه فحصل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفعله باطل
فعله بدون عمله وخلافه لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان
عزل الوكيل حال غيبته مقصود لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي
وكله ببيعه فانه او رد عليه لما ان حمل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ ه
العقد الاول واجيب بان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب ما دام ثابتا من الانسان
لا يتصور ثبوته من غيره فكذا الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد
مع الثاني بطلان العقد الاول وذكر ذلك كله في النهاية قال الاكراء
قبل الموالاة يغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته
الى حله كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا
ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على
شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء عما
ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقا اهليته وتمسيس ان تحمل الرئيس على المباشر حال ينتفي به رضاه
وهو اعم من ان يكون مع فساد اختياره او مع عدمه وهو اشارة الى
نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك ليستلزم نفي عدم الرضى ه
وهو اشارة الى القسم الاخير لكنه لا بد من تقديره في او يفسد به اختياره
فذلك انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقا اهليته
اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب بالاهلية واذا
كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا واما شرطه وحكمه فيأتي في اثناء
الباب قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد
به شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا كان
او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير بالاكراه
محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على
ما يبين تفصيلة ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه
يتوقف على خوف المكره تحقق ما توعده به وانخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك
والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عند محمد والذي قاله ابو حنيفة
رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لان المنعة له والقدرة لا تتحقق
دون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان لان بناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا السلطان ثم بعد ذلك
تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او الاقرار بماله او اجاره
او بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس فهو اكراه يثبت عليه

الحكم

حجة معطوف على قوله والاكراه يفسده في الاشياء بعدم الرضا فيفسدها والاقرار صح

الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء امضى وان شاء فسخ
لان من شرط صحة عقد العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم والاكراه يعدم الاشياء بعد ما لرضا وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء
المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم او بكل اكراه
لانه لا يبالي به نظرا الى العادة الا اذا كان المكره صاحب منصب يعلم انه
يستضر به فهو اكراه لوجود العلة حينئذ وهو فوات الرضا قوله ولذا
الاقرار ايضا يفسد بالاكراه بعد الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة
في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة
فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس
يوم فاقر فهو اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عز ومرتبة
فان الشرفا والاجلة من العلما والكبرا يستنكفون عن ضرب سوط واحد
وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف عنه من ضرب سياط وحبسا يام وهذا
قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لا تعويل ذلك على حسب ما يرى
الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا
وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقو
على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ
العاقل وصادف محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال
الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وتأثيرا انتفاء الشرط في فساد العقد
لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا يثبت الملك عند القبض والبيع بشرط
الخيار فانه لا يفيد لانه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط
معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه ه
واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يكون نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه
القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كسائر البياعات الفا
لما عاد جايزا بالاجازة لهو اجاب بان اجازة المالك ترفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائر ها فان المفسد فيه بان قوله الا انه لا يتطل
به استثنا من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري
ما اشتراه بشرا فاسد لم يبق للبايع الاول حق استرداده وههنا يتقطع ه
بسبب الاكراه حق الاسترداد وان تداولته الايدي ولم يرض البايع ه
بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع
الثاني حق العبد وحقه مقدم على الله تعالى لحاجته فلما ههنا فالرد لحق العبد

لا يعدم يقتضي

سدة

سبايع م

شبكة الألوكة www.alukah.net

وهما سوا فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله
من حيل البيع الجائز المعتاد يريد به بيع الوفا وصورته ان يقول البائع
للمشتري بعت منك هذا العين بمالك علي من الدين علي اني متى قضيت
الدين فهو لي ويقول بعت منك هذا بكذا علي اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع
العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا
بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المتعادين الناس
للحاجة اليه واختار المصنف واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن
المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقطع بيع المشتري
من غير لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله
رهنا لقصد المتعاقدين الا انها وان سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة
للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو
ضامن لما اكل من ثمر واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يد
اذا كان وفا بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلكت بغير صنعه وللبائع
استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله
بيعا باطلا اعتبارا بالظاهر لانهما لفظا البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما
ان يفسخ برضا صاحبه ولو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله
هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفسخون لزوم البيع بهذه الوجه بجوزونه الى
ان يرد البائع الثمن الى المشتري ويقيل المشتري برده المبيع على البائع من
غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة وهذا سوء
بيع الوفا لانه وفى بما عهد من رد المبيع قال فان كان قبض
الثمن طوعا اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة
كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم
مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طابعا بان كان الاكراه على البيع لا على الرفع
لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الرفع فوهبه كرها
ودفع طابعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض
كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض
فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما ان مقصود
المكره ما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان
الاكراه على الهبة اكراها على الرفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها
فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد
العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذ باذن المشتري والقبض

بناء

لوجود اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق

مني

مني كان باذن المالك انما التي توجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن
كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان ملك المبيع في يد المشتري وهو غير
مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم
الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة والمكره بالخيار ان شاء ضمن
المكره لان المكره اتلفه فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة من حيث
الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري
وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث
شيئا للضمان كالغاصب وعاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته
لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري يعني اي مشتر كان بعد
الاول فعند كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود تتداولته لانه ملكه
بالضمان فظهر انه باع ملكه فلا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه
وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت
من الحامل لهم على ذلك فائدة وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي الترديد
من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من جهة
الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقده منها حيث اقتصر
التعاذها هنا على ما كان من بين وعم الجميع هناك اجاب بقوله لانه استوفى
حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان
قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا
من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع
من هذه البيوع يوقف على اجازته لعدم فقد ملكه فيكون اجازته امرا بالبيوع
تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره
فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه واما يوقف نفوذه على سقوط حق
المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والاخر
فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها والله اعلم فصل لما ذكر حكم
الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله
وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي
يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء غير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب
اليسير والتقييد الاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني
ان كان على فعل فليس بمعتبر وبحيث ان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان
كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك الا فمعتبر
وعلى هذا ان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف

شبكة الألوكة www.alukah.net

تلف النفس او العضو وقيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه
على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم على هذا الامر ولحم الخنزير لان
تناول من المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لبقاء المحرم فيما وراءها
والاضرورة عند عدم الخوف على النفس والعضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب
وغلب على ظنه ايجب له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعده به واشار الى ان الملحق
بيقين من غير بقية الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس
ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى
الحد وهو اربعون فقال ان تقدم منها ما قل لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع
بطريق التعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصيب المقدار وهو
لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به ايقتلوا او اتلفوا عضوه ولم يتناول وعلم
بالاباحة فهو اثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل
يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان
بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة
بصفة الغائبة او خرم وهي قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم
ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم
عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد البيان فكان بيان ان المستثنى
لم يدخل في صدر الكلام فلا يحرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول
كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضو فكان اثما لكنه بما
يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفته
الفقهاء فيعذر اوساط الناس فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب
فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان
المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه
قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام قال — واذا اكره
الكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر اجراءها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اجراءها في اجراء
كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما يخاف به على
النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امر
به من اجراء كلمة الكفر لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان
المراد بما ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر
ما امر به موريا كان او عنى به المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لا يأثم لحديث
عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث اتاه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم

بالايمان

كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وفحصته معروفة قوله صلى الله عليه وسلم
فعد عدا لي طمأنينة القلب الى الاجرا والطمأنينة جميعا لان اذى وجبات
الامر الاباحة فيكون اجرا كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر ما ابتلي
حرمته وموضعه اصول العقد قوله ولان لهذا الاظهار دليل معقول ووجهه
ان الايمان لا يبقى بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو
قائم حقيقة فكان مما اجتمع فيه حق العبد معينا وفوت حق الله تعالى فيسعه
الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله
عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء
وقال — في مثله اي فيه فعلة مثل رأيه هو وفيتي في الجنة وفحصته معروفة ايضا
ولان الحرمة باقية لتناهي فتح الكفر وبقاءها يوجب اتساع فكان الامتناع
عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة
هناك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض بان اجراء الكفر ايضا مستثنى بقوله
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح
بالكفر صدرا بغليظ غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب
والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من
ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان
السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة
للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اجراء كلمة الكفر فيه نظرا لان المراد بالعلة ان كان
هو المصطلح فذاك ممتنع استخلاف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد
بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل اخر شرعي يوجب
تأخير كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من
ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك ومن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان
الامر في قوله صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد الاباحة وقولهم لان الكفر ما ابتلي
حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر ملزما لا في الكفر قال — وان اكره على
اتلاف مال مسلم وان اكره وصل على اتلاف مال مسلم بما يخاف على نفسه او على
عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في
حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره الة المكره فما
يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقمه على
المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له

شبكة الألوكة www.alukah.net

فان اكرهه بقتله على قتل غيره ان يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان اثما لان قتل المسلم بغير ما لا يستباح لضرورة ما قلنا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص فيه اربعة اقوال بحسب السمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول — قول الشافعي والثاني قول ابي يوسف رحمه الله والثالث قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر وجه الله ان الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قد رعليه حكمه وهو الاثم فلم يكن مقدورا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبب الى القتل منه والتسبب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عندكما اذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عندكما للتسبب ولقايل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يحمل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غير ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا ينافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابي حنيفة ومحمد لان تاثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالالة والفعل يتنقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهه والقصاص يندفع بعارضها انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحرمته والمحمول على الفعل بالطبع الة لان الالة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير الة للمكره فيما يصلح الة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الالة فان قيل لو كان الة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب — بقوله ولا يصلح الة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما يقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف ما اليه العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما يقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره الة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابه مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثار الحرمته بطبعه فانه يجب عليه القصاص

فان

فان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يلزمه الة له يضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الامر بالقاء عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الامر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخي علاي الدين عبد العزيز رحمهما الله الى السهو وقال — الرواية في المبسوط تفيخ الرادون ذكرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الامر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قالوا ان اكره على طلاق امراته وان اكره الرجل على طلاق امراته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلا باطلة الا ان يكون الراها بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع المكره بقيمة العبد لانه صلح الة له فيه من حيث الاتلاف يضاف اليه ومع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح الة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح الة له والتلفظ قد يتفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون الة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صلح كونه الة صحت الاضافة اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا فلا سعاية عليه اما وجوب الضمان فيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امر به على وفق ما اكره وكذا اذا قال لم اخطر ببالي سوى الايمان بطلوبه فان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار وكاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض لا اتلاف قلنا — انا لا نسلم ان الولاء عوض لا يشبه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا سلمنا ولكن انما يكون لا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكله فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها فان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا شهد بالولاء لم ترجع الا بضمان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة ان المكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير

فلم يوجد شيء من موجب السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فان
الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن
وهذا على تذهب ابي حنيفة رحمه الله واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا
اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق
لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل بقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو محجور
عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مواخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من
حيث انه جعله متلفا للحال عبد انكا نه قتله والمقتول لا يضمن شيئا قال ويرجع
بنصف مهر المراة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امراته وقد سمى لها مهرا لان انه
لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع
الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وانما يسير
رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في
العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف
السقوط بان جاءت الفرقة من قبله بتمكين ابن الزوج منه بغير اكراه او بالارتداد
والعياذ بالله وما كان عليه تاكد بالطلاق مكرها فكان على شرف السقوط
تاكد به وللتاكيد شبهة بالايجاب فكانه اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا
للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره
من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق
فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن
بمال الا ترى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمان
ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق فعل الوكيل اي طلق واعتق فهو جايز
والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان
ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان لشرط الفاسد والشرط الفاسد لا يؤثر
في فساد الوكالة فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد
فلما تقدم انه بعدم الرضا يفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا
فانه يفسد العقد لا يمنع الانعقاد واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة
فلانها من الاستاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا
حتى للمالك فهو يا التوكيل اسقطه واذا لم يفسدها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع
المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه
وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف
التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبد فاعتق الوكيل
ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصوده المكره بما شرع الوكيل

وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة الى الاتلاف فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه
لم يوجد منه الاكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا
فضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث
منع الصحة لان الاكراه بفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم
اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه تمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فالا
يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على
نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في
الدنيا فلا يطالب به غيره ولذا اذا اكره على يمين فحلف اعتقدها وعلى ظهار
فظاهر صح ولذا على رجعة ففعل صح او على ايلاء فاء بالسان ففعل صح
لانها اي الرجعة والايلاء والفيء يصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ
فان اكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزاه عنه ولم يرجع
على المكره بقيمته لانه امر بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف لغير حق
وان عتق عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته
لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن يعتقه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع
لم تكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد وان ترك الى ان مضت اربعة اشهر حتى
بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع على المكره لانه كان متمكنا
من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان
فر بها وكره لم يرجع على المكره بشيء لانه اتى بضد ما اكره عليه واذا اكره على ان
يخالع امراته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو طائع ولا اكراه
لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا لا يمنع بدل او يمين لوجود الشرط والجزاء والمبين
لا يعمل فيه الاكراه فلو كان نذرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بازاء
ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو
النكاح فلا يضمن به فان قيل ان طالعا وهي غير ملوسة فاستحقت نصف الصداق
هل يرجع به الزوج على المكره لتاكيد ما كان على شرف السقوط او لا قلنا لا يخلوا
اما ان ساق الزوج اليها المهر كله او لا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق
اما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه
بحكم النكاح واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه وان اوجب البراءة لكنها براءة
مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا فالانه غير مكره
في هذه الصورة على البراءة قال وان اكره على الزنا وجب عليه
الحد قال ابو حنيفة رحمه الله اولا ان اكره احد على الزنا فزنى وجب
عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة وذلك لا يكون الا

وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف تحقق التمكين منها
فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان
لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف
على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير
ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه والتشنار الة للايدل على عدم الخوف لانه اوطيء
ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه
لا يلزم الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما
تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه
كونه ملجيا وذلك يقدر المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك
قد يكون من غير السلطان اذ تحققا لان السلطان يعلم انه لا يثبونه صعود واناة
في امره وعين يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه
قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجأ اليه
ويقدر على دفع الضرر بالالتجاء الى السلطان فلا تتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو
نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر
لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطيء في
غير الملك لا ينفك عن احدهما عندنا بفعل واحد واذا سقط الحد وجب المهر اظهارا
لخطر المحل سواء كان مستكرها على الفعل او اذنت له بذلك اما الاول فظاهر لانها
لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن له ليس بمحل فكان اذنها لغوا فلا يكون
محجورا عن ذلك شرعا وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة
بتبدل الاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك وكان
الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يبتنى عليها من البينونة
ويجوز ان يجعل لكلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد ليس
بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وبقي
اعتقاد شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يمنع
عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت المرأة
قد بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله
استحسانا وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب
لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطايع والمكره كما في الطلاق
وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها
ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا بتوهم اللفظ فيه معنا معناه كما في
الطلاق بل هو لالتة عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل

الاعتقاد

الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية مع الاكراه لا يدل
على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه ومر لفظه مقام معناه فلهذا كان القول
قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون
لفظه بوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون وجعنا الاسلام في الحالين قيل اي في حال
الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلوا ولا يعلى فلم يجعل
كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا
في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان
هذا استثناء الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن
ابي حنيفة رحمه الله ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء
الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا
ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقبل التمكين الشبهة اي شبهة
عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق غير قايم تعلقه عند الشهادتين
والشبهة دراية للقتل قوله ولو قال اكره معطوف على قوله وقال هو قد
اظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض
ولم ان قلت بانت منه قضاء وديانة لانه اقر انه طايع بما ان لم يكره عليه
لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طايعا قال عينت
به الكذب لا تصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق
حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت
ما طلقتي من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه
مبتدي ما تكلم هازلا به حيث علم لنفسه مخلصا غير انه لما خطر هذا ببالة
امكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا
الامكان فاذا لم يفعل وانشا الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طايعا على وجه
الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امراته قضاء وديانة والحاصل ان المكره
على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة اوجه في وجه لا يكفر قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فيهما
جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفوق القاضي بينه وبين امراته ولم يكفر ديانة وذلك
لانه اذا اخبر اها فاما ان تخطر بباله يومئذ طلب منه اولا والثاني هو الاول او لم تخطر
بباله ان يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده
فهو الثاني واذا ظهر لك هذا امكنك ان تخرج مسئلة الصليب وسبب
النبي صلى الله عليه وسلم وقوله لما مر اشارة الى قوله لانه مبتدي بالكفر هازل به حيث
علم لنفسه مخلصا غير كتاب ——— الحجر اورد المحجور عقيب
الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار على الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه

لما كان اقوى تاثيرا لانه فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي احد قطبي الديانة والاخر التعظيم لامر الله هو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم فهو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها المغمى الماجن والمبطيب الجاهل والحكاري المفلس بالاتفاق ولما كان اسبابه ذكرنا ان الحجر تصرف المجنون المغلوب حالا واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصد فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما يجيء اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهليته التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه اية اهليته واما العبد فله اهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعلق عليه مناف عبد فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وتعاوض فيلحقه ديون فتاخذ ارباب السابة التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه وكيلا يملك رقبته يتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير ان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال

ومن باع من هؤلاء شيئا اراد هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق ونصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس بمراد هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجاز اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه في الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر وارد سوالا على الشروي وهو ان الاصل في التشري النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة والجواب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون اولضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكرنا انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فبيع ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما فهنا يعني في الهداية لم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ ولكن لا كذا في نسخة سماعي وكذا ذكر شيخي في شرحه قوله وهن المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء اي هن المعاني توجب التوقف على الاجازة على الامور بين الصغير والمجنون لا في العبد واما ما تحض منها نفعا فتنول

الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف م

ع اما ما تحض مضارا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل وحجر الصغير والمجنون صحيح دون العبد

الهبة

الهبة والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم وقوله دون الافعال يعني ان المعاني الثلثة توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتى ان ابن ادم لو فعل على ما روى انسان فلسها وجب عليه الضمان في الحال ولذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجب حسا ومشاهدة وتحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كالاتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشروط القصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد القصور العقل فينتفي المشروط به واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليس عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة العدم وبخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الاتري ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هن الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان استثنا من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجد لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم بنبني بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دراية لما يترتب عليه من الحدود والقصاص

قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال ليتناسق القوليات في موضع واحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله صلى الله عليه وسلم كل الطلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة محالة والطلاق ان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار مواقعة الاختلاف بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقف على اجازته ولا يتوقف

بما شرته اي الولي بخلاف سائر العقود قوله وان اتلفا شيئا بيان لتقريع
الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله والحابط المايل بعد الاشهاد
يعني انه لا قصد من صاحب الحابط في وقوع الحابط ومع ذلك تجب الضمان وقوله
على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله فاما
العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا
اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق
واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر باب الحجر للفساد
اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد
ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع
والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف
مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر
البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا يتلف
ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف
في ماله غير ان الحجر عليه عندهما يوثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع
الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار
بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق
والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء
واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله تصرفه لا على وجه الذي يقتضيه
العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا الحجر عليه بل اولى لان
الثابت في حق الصبي احتمالا لتبذير وفي حقه حقيقة والدليل على صحة هذا منع
المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يد وهذا
الذي ذكر من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان
حجر السفيه عندنا بطريق الزجر والعقوبة عليه والفايدة تظهر فيما اذا كان
السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعندنا يحجر عليه زجرا وعقوبة
ولا حجر عليه عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل فكل من هو كذلك لا يحجر
عليه كالرشيد ونقوض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب
وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط
الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض
الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود ولو ضم
الى ذلك حر سقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار

ادميته

ان في الحجر صح

ادميته وهو ظاهر قوله ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما ولهما
منع عنه المال وتقريره ان منع المال انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون
زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا قياس عليه وقوله
ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه
عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع منعه باعطاء آلة القدرة
لما ذكرنا انه عاقل والحر على خلافه بسوء اختياره فكان قياس قادر على عاجز
وهو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر
يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات
وذلك يقف على البدايا لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك
وان فعل لم يتم قوله واذا حجر تقريع على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر
على السفيه على ما بيناه ثم رفع حكمه الى قاض اخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه
وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاء الثاني مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما
جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقتضى له والمقتضى
عليه ولا مقتضى له ههنا سلمنا وجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو ان يجعل
السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه
فان ابا حنيفة لم يقل به فصار محلا للقضاء فاحتاج الى القضاء فلو رفع تصرفه
بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلانه تصرفه وصحة الحجر ثم
رفع الى قاض اخر بعد ابطاله لا تقبل الا مضاءه فلا يقبل النقض بعد ذلك
ثم ان عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع منه ماله الى خمس وعشرين
سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا حجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه
ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يونس رشده وتسامح
عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهرا ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع
السفه فيبقى بقاءه كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق
التاديب وهذا يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع
السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا
للتاديب لا التاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير
جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة
الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فايدة في المنع فلزم الرفع
والثاني ان نجعل معارضة فيقال ما ذكرتم فان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا
ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى اخر قوله لان
المنع دليل الخروج تقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر

الصبا

لان العادة وجدانه في اوايل البلوغ ثم ينقطع نباتا ولا المدة وقدروذلك
خمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة
وما قرب من البلوغ يعطى حكم البلوغ وقدروذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة
التمييز في الابتداء على ما اشار اليه صلى الله عليه وسلم بقوله مروا صبيانكم بالصلوة
اذا بلغوا سبعا ولهذا قالوا ابو حنيفة رحمه الله ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع
عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قبل الدفع معلق بايناس الرشد فالم يوجد
لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم
عند العدم سلمنا انه للعدم فنكر ايراد به ادنى ما يتطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل
الانسان الى هذه الحالة ليصير ورقة فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة قال
ثم لا يتاتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي ذكرناه قد ورد في مختصر
بقوله فاذا باع لا ينفذ بيعه اذا باع ليظهر فايدة الحجر عليه ليكون موقوفا
فان راى الحاكم فيه مصلحة ان كان مثل القيمة او كان البيع رابحا وكان
الثمن باقيا في يد اجاز وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم
يبق الثمن في يد لم يجز لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون
ان يكون في يد شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن
التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز وربما ان ركن التصرف اذا وجد من
اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل
والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله
للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فينتظر المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل
البيع والشرا ويقصد ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف
لانه لا بد من حجر القاضي عند لان الحجر ابرين التبرير وهو اهدار ادميته
والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من موجب وهو القضاء وعند
محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو
موجود قبل القضاء يترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار
سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير
محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك
عند ابي يوسف لم يحضر قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة الحكم قبل الحجر
وبعد سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تاثير للحجر عنده بل
احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يوثر فيها الحجر كالبيع والشرا والاقرار
بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان
الاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا ان

السفيه

لا يتاتى على قول ابي حنيفة التفريع على قول من يرى الحجر فعند هما الحجر لا ينفذ

السفيه في معنى الهازل لان كل واحد منهما يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لانقصان في عقله فلذلك السفيه
والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول
ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذ القاضي ولذا لو نذر تصدق
او غيره فلم ينفذ هذا مما لا يوثر فيه الهزل بقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن
جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق
عبد عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه
السعاية فالهزل لم يوثر في وجوب السعاية قال الثالث ان التعليل المذكور
انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصد اللعب
به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الاول ان
القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف ليستلزم عدم
تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان
ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذور وعن الثاني ما سيجيء في
الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة
العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما والاصل عندنا ان الحجر بسبب السفه
بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا
لا لزام العقوبة بالسان بالتسبب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعد
شيء من تصرفاته الا الطلاق والعتاق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من
السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق العبد في المحل الذي يلاقيه
تصرفه فيكون ناقدا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان
الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لا انه معتبر لعدم قبوله الفسخ فيجب
رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمايه او لورثته فاذا اعتق
المريض عبدا وجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه وذلك
غير معهود في الشرع وانما المعهود ان تجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين
فانه يسعى للشاكت ولو دبر عبدا جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر
بحقيقته لانه ملك انشا حقيقة العتق فلا يملك انشاء حقه كان اولى الا انه
لا يجب السعاية في حيوة المولى لانه بان على ملكه والباقي على ملك المولى يستوجب
المولى عليه دينا فان مات ولم يوف من ثلث يسعى في قيمته مدبرا لانه
عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا ترى
ان بلغ مصلحا لو دبر عبدا في صحته ثم مات وعليه دين تحيط بقيمته فعلى
العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمايه فكذا هنا ينبغي ان يسعى قنا لان العتق

والحجر اثر فيهم

ش ان تصرفه فيما لا فك فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وفيما لا فك فيه كالاقرار بالمال وغيره موقوف

ش اذا اقر المحجور عليه دين او مال له او لغيره وعن سواه بعني النظر الى غرمايه صح

شبكة الألوكة www.alukah.net

حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية فتاكا لو اعتقه واجب
بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة
فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه فيا واغا يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق
العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى
في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك واجب بانه وصيته من
حيث العتق بعد الموت لا غير الا ترى ان الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير
ولو ولدت جاريته فادعاه يثبت الولد منه وكان حرا والجارية ام ولد لاجتاجه
الى ذلك لابقاء نسله وابقاه من الحوائج الاصلية لجبوة ذكر الانسان ببقا الولد
بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد من الدعوة كانت
الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا وان لم يكن معها ولد ايلم يعلم ان
لها ولدا منه وقت هذه ام ولد التي كانت بمنزلة اما الولد لان الدعوة حينئذ كانت
دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية
اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قالت حر فيمتنع بيعها ويسعى في قيمتها
بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فلذا في دفع
حكم الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل
يعني ان يكون معها ولدا ولم يكن الى آخر ق ـــ وان تزوج امرأة جاز نكاحها
كلامه واضح وقوله وصار كالمريض مرض الموت يعني في لزوم كل واحد منهما عقدا
مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض تعتبر من الثلث وههنا
غير معتبرة اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل
لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك
مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة لما بينا يعني قوله
لانه من ضرورات النكاح وهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة على انه لا فائدة
في الحجر عليه لانه لا يتسبب باتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اضر له من
اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب الحمد في البر والاحسان والمرء في التزوج ثم
والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قوله وتخرج
الزكوة من مال السفيه والاصل في هذه المسايل ان ما وجب عليه من امر اوجبه
الله كالزكوة وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه
فهو والصلح فيه سواء لانه خاطب وبالسفه لا يسقط النظر في اسقاط شيء من حقوق
الشرع عنه ولا يبطل شيا من حقوق الناس لان لا يمتنع قوله في الغرامة حتى
يقيم البينة عليها وعسر القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على
نفسه فلا يلزم شيا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما

الولد

وعشرة نح

الزوج

لان

لان كل واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يوثر في منع
الاقرار بالنسب لكونه من حوايجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار
بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله وعاقا
من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه
المال بل يلزمه يمينه وظهار ان تصوم لكل حنث ثلثة ايام متتابعات وعن كل ظهار
شهرين وان كان مالكا للمال حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذا السبب
التزامه فيتمكن فيه معنى التذبير بفتح هذا الباب وتضيع فايدة الحجر فان قيل
التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فاي يصح مع القدرة اجيب
بان الاستطاعة متيقنة لان دلايل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما
تقدم ومع السعاية لا يقع العتق من الكفارة وقوله وان اراد حجة الاسلام واضح
وقوله ولو اراد عمرة واحرم لم يمنع منها استحسانا لذلك والقياس ان لا يعطى
نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية
فان كانت مما يجزي فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم تكن ولزمه الدم يؤدي
اذا اصلح فان مرض واوصى وقد بالمرض باعتبار الوصية غالبا يكون في المرض فان
السفيه الصحيح اذا اوصى توصيته فحكمها حكم المريض والقياس فيها ان لا ترتجع في
حياته واستحسنوا فيما اذا وافق الحق وما تقرب به الى الله تعالى ان يكون من
الثلث لان نظره يبدو ان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في امر دنياه وحينئذ
لا نظر له في المنع واغا النظر له الشاب الثاني الحسن بعد موته وفي تفيدها
ذلك وقد ذكرنا في التفريعات الكثير من هذا في كفاية المنتهي فمن ذلك ما قال
ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يضيعه عندنا سوا الا في اربعة
مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير بشتري له
مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه
يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث ان يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز
طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبدا لم يصح تدبيره
وهذا السفيه اذا صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا
والعتق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر وسبني هذا الاختلاف على ان الحجر عند
للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما
للنظر له في ماله فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله تعالى قال فان انستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو ما طلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن
اصلح في ماله فقد اونس منه رشدا ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف
وقد قررنا فيما تقدم يعني في اول الكتاب النكاح وحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول

والاولى الابوة

وهو صحيح عندهم

الشافعي من ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن في التجارات لا يصبر عنها السلامة قلبه
لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم
فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان معين في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار
ثلاثة ايام واجيب بان الحجر على العقل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفها
اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك
لمنع المال وليس النزاع فيه والله اعلم فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة
عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب
بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال بلوغ الغلام بالاحتلام
الحكم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال
اذا وطيء والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم
فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم ثمانية عشر سنة وبلوغ الجارية بالحيض
والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشر سنة عند ابي حنيفة
وقالا اذا تم الغلام والجارية خمس عشر سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول
الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قالا وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم
قالا ثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي
الله عنه قوله واذا راهق الغلام والجارية يقال راهق اي دانا منه وحي مراهق
اي دان للحلم واشكل امس في البلوغ لم يعلم ذلك منه قالا قد بلغت ما نقول لهما
ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثني عشر سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون
ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادني المدة لذلك في حق
الغلام اثني عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين باب
الحجر بسبب الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء
ذلك فكان بمنزلة المرض فلا حجر اثر تاخير وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر
عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان تبين ان الحجر كان بسبب الدين
لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او عين حتى
يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان تبين من الحجر اجله باسمه لانه يرتفع بانتهاء
الغرماء ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو حنيفة لا يحجر لان فيه اضرارا باهليته
وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فانقيل اضرار الاهلية ضرر يلحق
المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى ان لو كان في شخص واحد
فالجواب ان ضرر الدائن يرتفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون
مجازا شرعا ولو لم يكن اعلاما ندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون
اعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك فان كان له مال يتصرف به الحاكم لانه نوع حجر

ولانه

ولانه تجار لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتى يبيعه في
دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا للظلم وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي
عليه ومنعه للتصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بما
يتغابن الناس فيه يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موهومة لانه احتمال مرجوح فلا يعتد به اهل
الاسواق ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك
لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس ولا يجوز للقاضي
تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الحبس والعتق فان التعريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه
الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع من التسريح
بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التعريق قوله
والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السبين لاجله اي لاجل البيع
وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما تختار من
الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع
ماله لتفسد قوله كيف يصح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتاخير
حق الدين وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع
قوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وانما خصه بالذكر لان ذلك بالاجماع
لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يختار بيع القاضي على المديون في العروض
فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من وهو بيع الصرف قوله
علا بالشبهين قيل انما لم ينعكس حيث لم يجعل للغرماء ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه
يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبتت للغرماء ولاية الاخذ
مع قصور ثبتت للقاضي لقوته وقوله ويباع في الدين النقود حاصله انه قضى
ثابتا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فينتبع ما انظره وقوله بخلاف
الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير
في حالة الحجر يوخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه
مشاهد له بخلاف الاقرار فان بينته تحتمل وقوله وان لم يكن له اخرجه حرا عن
هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لكان الدين لا يترجح الهلاك اليه بالمخصة
كان لدائن ان يدفع بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابي يوسف
انه لا يخرجه من السجن لان في هذه الصورة ايضا ان الهلاك لو كان انما يكون
بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم
لا يمنع عن الاكتساب في الحبس لان بيده نظرا للحاجبين كحاجب المديون لانه يشفق
على نفسه وعيالاته ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله
ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه

ضبي بالغين ع

عالا يكذم

الا يوزم خ

البيع م

الان القاضي م

للوب خ

لان سببه محتمل ع

والحبس ع

متفق ع

ايماد يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يلي الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقوله يقسم بينهم بالحصص اي باخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير اختيار اما اذا اخذ القاضي وقسم بينهم بدون اختيار واما الديون في حال صحة اثر الحبر على عين بقضاء الدين باختيار فله ذلك نص على ذلك في فتاوي السغدي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولاخر منهم مائتين وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف تقسم اموله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فينصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار بترجح اليسار اسم للايسار من اليسراي استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار يعني الاعسار قال في المغرب وهو خطا وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه عين اذ الاصل عدم فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه اي احد تفسير للملازمة ولا يحبسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي انه يحبسه في مسجد حيه وفي بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجته كغذا او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان للانسان لا بد له من موضع خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغذا واعد له موضعا لاجل الغايط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاحتياز الامين والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضررا بينا بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي معناه منعه عن الاكتساب بعد وقوت يومه وليباله والدين الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها قال وان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع ويثبت للبايع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه

عقد

عقد معاوضة ومن قصده المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا نسلم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين ولا محالة واذا لم تعذر قبضه بانقطاعه عن ايدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتعذر على البايع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشتري ملينا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك العين وهو يملك به دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روي ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك رجل ما له عند رجل في رواية فوجد البايع عين متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد قلنا الجواب انه معارض بما روي الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عين متاعه فهو اسوة غرمايه فيه وتاويل حديث ابي هريرة ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبايع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح يجمع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بالمنع لان التغيير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا تعجز الكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله وقبض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يتراخى المديون بدفع المنقودة وتقرير ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وحصل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وهما نحن فيه غير متعذر فكان العجز فيه عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فوجب ان تجعل العين المقبوض في مقابلة ما في الذمة وكان العجز فيه عجزا عما وجبه العقد وذلك يوجب الفسخ

على ما في الذمة

وقبل

لو لها ابواء احد الغرماء على غيره

كتاب المأذون ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده بالتجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في ماله المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلبسه انه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى الحجر عنه فلا بد من ازالته كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق اي اعني كما التفسير لقوله فك الحجر فرد عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل الرجوع كما قيت فانه لما كان تصرفه بحكم الاهلية الاصلية وانما عامة لا تختص بنوع وكان وقت دل على انه اسقاط حق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تقريبه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصح كونه يتصرف باهليته نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا احقه لان اول تصرف باشر العبد المأذون الشري لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشري متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته باعجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص ملكه ولهذا لو قر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشري حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك ينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لاحكامها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقبة اصيل في ذلك وقد قررنا ما هو ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعد امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط يعود ثم الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا راى عبده يبيع من ماله شيا ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة

تعليقه

وقلنا

جعله

ما يقتضيه

وقلنا سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تقتضي لحوق ديونه عليه واذا لم يكن ماذونا تتاخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق ولا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بتواخيهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه رضيه اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عن ذلك التصرف الذي راه من البيع غير صحيح فكيف يصح عين وكذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقه يزوج نفسه والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا مما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت في سكوته وليس في ثبوت الاذن في غير ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم لكونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي مال الغير في ذلك ضرر تحقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن عليه لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظهور الوفاية وبطلان ملك المرتهن عن البدل بت فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجا دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافعه بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وان كان فسخه فلا يتضرر به احد وفيه نظر لانه لا كلام في ان انكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان ذلك ضرر لحق المولى لا يكون السكوت اذنا لانا لم نر بيع عينا مملوكا للمولى ولا جنى باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا الا ان كل من راه يظنه ماذونا له فيعاقد فيتضرر به لو لم يكن ماذونا ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى الى آخره

ق

ف

واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذا قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلا بالام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع للوقاية بالاعيان الحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا

ونقل

وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يعود اليه بحال

وقيل

بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف
المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من
المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي
حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون
لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتبار من الثلث من
المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير
فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث ابو حنيفة
رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشري في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف
الوكيل في الشري منهما في انه اشترى لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الامر
وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر انه لا يرجع بالخسة من الدين على احد
فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة
يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة
ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم
يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين ضمن جميع ما بقي
يعني بودي دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في
الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لانه لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن
بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه من الثلثين لنفذ تصرف المريض
في الكل وان كان الدين محيطا بالكل بطل المحاباة فيقال للمشتري ادى جميع المحاباة
والا فاورد المبيع كما في الحر يمني اذا حابا في مرض موته وللمأذون ان يجعل نفسه
رب السلم والمسلم اليه ويكل بالبيع والشري لان كل ذلك من صنيع التجار وهو
لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء
واستيفاء وهما من توابع التجارة وعلك ان يقبل الارض اي يستاجرها ويتسا
الاجر والبيوت لان ذلك من صنيع التجار وياخذ الارض مزارعة لان فيه
تحصيل الزرع لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر للارض ببعض الخارج
وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف
الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو اجر نفسه من رب
الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا
وله ان يشغر بطعاما ويزرعه في ارضه لانه بقصد به الزرع قال صلى الله عليه
وسلم الزارع ساجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة
مفاوضة لانها تعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل الاذن فلو فعلا ذلك
كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة

لان الوكيل بالشراء يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل بالبيع كذلك

ويبدع

ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يوجر نفسه عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن
مولاه في التصرف في نفسه الا ترى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها يدين عليه فكذا
على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب
ولم يدفع اليه مالا وما هو من راس المال المأذون له يملك التصرف فيه صورة
والمأذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها
بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لبطلا
يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث
الذات افضى الى عدم الربح فاقتضاه الربح لم يكن الربح هذا خلف باطل فبيعين ان
يكون من حيث المنافع وهو المقصود فان الله في نوع منها دون عين
قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رحمهما
الله انه توكيل وانابة على ذلك تبتني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن في نوع من
التجارة كالبز مثلا فعامها نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى
لانه يستفيد الولاية من جهة المالك وهو الحكم يثبت له اي للمولود ون العبد
ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال
اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بينا في اول
الكتاب المأذون وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع
التخصيص اذا ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز وتوقف بالاذن في النكاح
فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن العبد ان يتزوج فلانة فليس لان يتزوج
غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح
تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق احرج العبد من اهلية الولاية
على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبر عليه فكان العبد كالوكيل
والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما
بالتجارة في البز دون الخز لجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان وله مدفع
وهو ان التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه
الله يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهليته وما كينونه
فليس للمولى ان يحجر عليه بعد ذلك وارد قوله بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قوله
كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف
في مال غيره وقوله وحكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ما
بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل واقع للعبد حتى كان
له ولاية ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى واستغنى عنه

نعم

شبكة الألوكة
www.alukah.net

علمه المالك دينه وموضعه اصول الفقه قال ـــــ وان اذن له في شيء بعينه اذا اذن المولى بشيء بعينه مثل ان يقول اشتر لي هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما ورزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضايه الى من امر عبده بشراء قلم بفلس او فلسين كان ماذونا بصحة اقراره بديون تستغرق رقبته ويوخذ بها في الحال فلا يتحرى احد على استخدام عبد فيما اشد اليه حاجة لان غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلابد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قد بع هذا الثوب واشتر بثمنه ٥ او دلالة كما اذا قال ادالي غلة كل شهر او دالي الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لابد لهما منه دلالة وهو نوع من الانواع متكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونقض بما اذا عضب العبد متاعا وامر مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الا من بعقد مكررا والجواب انه امر بالعقد المكرر دلالة وذلك لا يخصصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قصد منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير الى ان العامل هو المتصرف النوعي والتشخص والاذن بالاولى اذن دون الثاني فتامل قال ـــــ واقرار المأذون بالديون والغصوب جايز اقرار المأذون جايز بالديون والغصوب والودايع لان الاقرار بها من توابع التجارة اما بالديون والودايع فظاهر فان البايع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض فيودع عنده واما بالمغصوب فان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه تعتبر دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرماء باعيان ما في يديه من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فانه لم يصدق فيه لانه كما لم يجز في حقه كذا لو اقر بجناية عمد حرا او عبدا او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يوخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فاليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون ان

يتزوج

يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج ما لبكه كذلك وجوز ابو يوسف تزويج الاماء لانه تحصيل المال وهو المقصود من الاذن فكان كالتجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعنا سلمنا ان الاذن لتحصيل المال للرقيق مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله وهذا يملك تزويج العبد توضيح ليس براضح لعرايه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وتشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة العنان والاب والوصي يعني ان هولاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في باب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما يعني الاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث حصل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكر في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتحفة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين تحمل على ان في المسئلة روايتين قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للماذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال والعدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم تكن تجارة الا ان يجيز المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة ٥ في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله لان المولى قد يملكه لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نايبا عن المولى وتوجع الحقوق وهي المطالبة اي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وتثبت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها استاطا فكان قبضا لبدل الى من نفذ العتق من جهته وقيل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذ عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وهنا ليس كذلك وبيان ان يجاب عنه بانها ثابتة بطريق الانقلاب واما قاله ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا او كثيرا بطلت كتابته وان اجاز المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز المولى ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولب دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عمد هو لكن ضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشا العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض

لان ما يوديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يودي
في حال الرق فتعلق به حقهم ولا يعرض ولا هب بعوض وبغبن ولا يتصدق لان
كل ذلك تبرع بصرحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان
يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير
الى ان ما هذا غير المأكول لا يجوز اصلا والا هدا اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة
والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان
مال تجارته ثلاثة عشر الف درهم واتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا
عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع
لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين
والمجاهز هو الغني من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز
وهو فاخر المتاع او سيار فحينئذ اي المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر
قال ودينه متعلقة برقبته اذا وجب دين على المأذون بالتجارة
او بما هو في معناها فان كان له كسب بيد به بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت
برقبته تباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع لان
عرض المولى من الاذن تحصيل مال له ليكون حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك
اي عرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين
تحصل للمولى وقوله لانا لرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا
تعلق دينه برقبته يباع فيه هذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه
نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا تعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا
عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان
ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد
استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذا اشارة
الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة
داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما
فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والحق كذلك
فتستوي حقوق الناس ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى
وقوله وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان عرض المولى من الاذن
تحصيل مال له لم يكن الى اخره وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعم المأذون
ذلك كان حاملا على المعاملة فتتأهل المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك
فان خوف التوي يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصح ان يكون غرضا للمولى فان قيل
لا يصح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصح ان يكون غرضا لانه يتصور به والضرر لا يكون

بعقد ارش عشرة كما في بيوع
وان كان مال تجارته
عشرة آلاف فاتخذ ضيافة م

بالاذن وهذا ظاهر
وكل دين ظهر وجوبه
في حق المولى م

غرضا

غرضا المولى فان قيل لا يصح ان يكون غرضا المولى فان قيل لا يصح ان يكون غرضا لانه
تضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وبتعذر الضرر في حقه بدخول المبيع
في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع
العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء بالدين لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر
واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين عليه ثم لحقه دين
فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا وكما نه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين
اختار المولى ويكون المبيع حاجزا لما فات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق
رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح لانه لا دليل
على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل ترتب الديون دون
غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالدين ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب
وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى وذخوله
في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه
يكون بعد ادا ما يودي من قيمة العبد لان الشيء بغبن فاحش ومعنى هذا
الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم تكن مساوية
لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو فاحش وهو محقق انما لو لم تكن مساوية لاختيار
اداء الدين دون بيع العبد والجواب الاقرل على ما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله
وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان
المولى يملك كسب العبد المأذون والديون عندهما كما سيجيء وقوله وتعلقه
بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف تعلق بعد ذلك بالرقبة
وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند
عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان
يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا الا ان اختيار الفداء
من الغايب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته
او بحضرة نايبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه
فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل
البالغ بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك
ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد
الديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين
في جواز بيع القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا
لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء قوله وقوله في الكتاب
يعني يختص القدوري ومعناه ظاهر قال ويقسم ثمنه بينهم

شبكة الألوكة www.alukah.net

بالحصص اذا باع القاضي العبد بقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت على ما قدمناه حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتعذر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة ولا سبيل لهم عليه قبلا لانه صار بالكا للمشتري وماله بين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا ولا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في دين ثابت بدون اختياره وامتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الا على تضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم مما لو اشتراه للبائع الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك تبدل الذات قوله وتعلق دينه بكسبه بيان للكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين سواء كان حاصلا قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق عاقلته من الجناية لان المولى خلف في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان الكسب غير منزوع وما يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط التفاوض له وهو ما يحصل من ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة ذلك اي باخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الدين كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ربحه كان للغرماء ولا يأخذ الزائد كما لا يأخذ قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ شيئا رده لانه اخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل بسلامة المقدر قبله للمولى كان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء باقية على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلم يكن من ذلك بد فيه على الاذن ولها الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعود ذلك بشيء يباع بتحصيل الغلة وان اخذها رد ها على الغرماء لتعذر حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما ان يكون تاجرا او لا وان كان الاول لم يحجر حتى يظهر الحجر لان كثرة سوقه ليلا يتضرر الناس بمعاملته من غير علم حقهم الا بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى ان يبيع بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يبع بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك وما بايعه جائز وان بايعه الذي علم بحجر الاذن لا يجزى الا انه لا يجزى ابدا فكذا بقاء ولو حجر في بيته بحضور من اهل سوقه المختلف المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج

لان العبد اذا كاتب شيئا لحقه المولى واذا لحقه دين اقام البينة انه قد حجر عليه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهم معهوم وقد يبيعونه على رجاء ذكر اي تعلق حقهم برقبته وكسبه

كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وان كان الثاني بان ابى ان يبيع الا بالاكثر مما اعتبره حجر عليه لعلمه منه بحجر لدفع الضرر والاضرار قال ولان مال المولى او عن ابي حنيفة رحمه الله في دار الحرب وقد تقدم ان المتحرز عنه اذا كان لا زما كان الواجد كالمعدوم فيحكم ابتداء يحتاج الى فيام الاهلية حالة البقاء كالاستدامة في الامانات للولي وحين جنونا منطبقا وقد قدمنا في الوكالة تفريعها والحق بهذا الحرب الحجر الثابت دون بالاستغلاء الاعلى بعض العوارض حقيقة او حكما لان الحاق الشيء بكل واحد يستتم حالة البين وورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا يبطل اعتبار الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق في التجارة وعلم بالعتق كان ماذونا فلا يبطل بقاء اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وهما كالغصب فان المولى اذا اذن لعبده المغصوب الذي يعلم المالك اجز بان يكون لديونه اويكون الغاصب غير اضح ويكون مغصوبا لا باقي الاذن فكذا كونه بقاء ولنا ان الاباق حجر لانه لا يقدر على تكوينه ماذونا على وجه يملك من تقضيه دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق على الكمال لانه قد يأخذ اضيافا ولم يكن ماذونا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان غاب من الاباق فهل يعود الاذن لم يذكر محمد رحمه الله والصحيح انه لا يعود واستيلاء الماذون لها حجر عليها لانه لا يتصور خلافه قال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتداء ان المولى لو اذن لامرولد جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس وما استحسن له ما مر الان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحضر اولاده ولا يرضى بكونهم مماليك للناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بما في المتحرز خلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها لانه ولكنها دون الاباق حلال تعلق به حق الغرماء اذ منه يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قوله واذا استدانت الامة الماذون لها الخ المراد من قيمتها معناها ظاهر وانما قيدنا بكونها اكثر لتظهر الغاية في ان المولى يضمن قيمتها دون الرقبة وقوله ولا سبيل لهم على رقبته اي على رقبة العبد والتقييد بالعبد يفيد ان المدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يورث في ذلك الحجر لا يوجب الحجر عليه قال واذا حجر على الماذون له فاقر ان جاز اذا حجر على العبد الماذون لدفع ما اقر به في يده من المال لغرمائه فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله قال المصنف رحمه الله ومعناه انه يصير غاصبا في يد امانة لنفسه وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يتناول منه لما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين ان المراد به التسليم وقدر الامانة لذلك

يقضي ما في يده للغرماء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره
لان المحجور لا قراره اما الاذن او اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله
بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبر شرعا ورد بانا لا نسلم
ان يد غير معتبر فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها وللسكة
في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القتة الذي في حجر رجل لو كان
بحضور العبد وغيبته سواء وجيب بان تاويلا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة
كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذ ولكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه
كسب العبد قوله وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يد من قبل اقراره
بيان لابطال الحجر بسبيل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيد لا يسع
اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من عين وسلم الحجر لم يصح
اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا رقبته بسببه ذلك الاقرار
بالاتفاق ولابي حنيفة رحمه الله ان المصحح لاقراره قوله اليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان
الكلام في الاقرار عاقبا عن حاجته واما حكما فلان شرط بطلانها الحجر حكما فراغا عن حاجته واقراره
دليل تحققها ولقائل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول
ممنوع والثاني مسلم ولكن صحته عند الاقرار في حيز المنع فلا يصح الاحتجاج في الدليل
والجواب ان مطلق الاقرار دليل تحققها حالا لحال المتوصل الصلاح فانه قبل لو كان اقراره
دليل تحقق الحاجة لصح بالانتزاع المولى من يد واما كما فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين
فلا يظهر بالاقرار لانه اقرار بما ليس بمال في يده اصلا وهو باطل والمصنف رحمه
الله ذكر قوله خلافا لما انتزعه المولى الى آخره وجوبه عما استشهد به من المسايل المتفق
عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله
فلا يبقى فائدة لحكم الملك يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد
زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتلك العبد فان العبد اذا باشر
شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والرد بالعيب وغيرهما بعد ما كان خصما
لما باشر ولا تبدله لكان خصما لعبد والباشر عنه حقيقة قال
واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان يحيط بالها ورقبته او يحيط
بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا
يساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الف درهم والثاني ان يكون عليه
خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم فحكم الاول لم يملك المولى ما في يد
ولو اعتق عبد امن كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق
وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة

قبل الاقرار وجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلاه الكلام فيما انتزعه من يده ص

للملك

لملك الفرع ولهذا يملكها عتقا يعني الرقبة ووطي الامة المأذون لها وهذا اي المذكور
من ملك الاعتاق وصل الوطي آية قال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب
موجودا على الكمال فيملكه حالا وبعد فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو
احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في الترك اذا استغرقها الديون فانها تمنع
اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث
بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب فلا نظر للمورث
في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في ضد ثبوت الملك للوارث
وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر
وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فاثبت نظرا للعبد ليراجي
ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته
للغرماء ليتعلق حقهم به وعلى ابي حنيفة رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافه
عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة
تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا تخلفه فيه
يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين
المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الوضعين لاعذار
اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للاهلية كالرقيق لان المالية عبارة
عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافات الموت اظهر والميت
جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت
الملك عندهما وعدمه عند عرف العتق وعدمه للكوند فرعه فمن قال
بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ
عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان كسب العبد لا يبقى عن
قليل الدين فلو حصل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيحتال بما هو المقصود من
الاذن ولهذا لا يمنع القليل من الدين ملك الوارث والمتفرق بعضه
واما الثالثة فلم يذكر في الكتاب وقيل بعض الشارحين عن شرح الجامع
الصغير ان العتق فيه جايز قال وان باع من المولى شيئا
بمثل قيمته جاز اي اذا باع العبد المأذون الذي لا دين عليه من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين ويعلم منه انه
اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه بنقصان لم يجز
مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة
قد تكون موجودة اجيب بانه موهوم حيث لم يشتهر عن قليل قوله

عن دليل ع

خلاف ما اذا باع المريض مروي بالواو وبغير قال في النهاية وهذا الخلاف متفق
باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو وفي
قوله وخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب له ذلك هو الواو
وقال يجوز ان يكون بدون الواو ويتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف
ما اذا باع الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني ان كانت المحاباة يسيرة او فاحشة وكان
البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله في كل حال من
هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو تاباه قلت ذلك وجه من حيث اللفظ
بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة بعد
مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب
والظاهر عدم الواو ويجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه
هكذا وان باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عند لان حق
بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص بادا قيمته
اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا بعرفا فترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى
بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان ثم الجزاء الخ
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير
المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما
هذا الحكم اختيار من المصنف رحمه الله لقول بعض المشائخ قيل وفي الصحيح انه قول الكل لان
المولى يسلم من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع
اولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي قوله
وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل
لبيان تساوي المحاباة بالتيسير والكثير فان على مذهبه اذا باع من مولاه بنقصان
يسير او كثير لا يجوز فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن تخيير المولى ووجه ذلك اي وجه
الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا
يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من
الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يوجب ازالة المحاباة لان البيع باليسير منها
اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن
في قدر المحاباة واما البيع فلدخول تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في
البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي
بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد المأذون له
لا تجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن فيه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بما تزيد

بنفسه

حتى لا يجوز في البيع مع المولى شيأ من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بينه وبين المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكتاب

بنفسه ضررا للغرماء فيبطل بازالة المحاباة وهذا ان الفرق بلفظ الشه
وفي بعض نسخ هذا الفرق قال في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين
الفرقين على قولهما ولكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى
والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولي بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما
في الكثير حيث لا يجوز عند هما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة ولما ابو
حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع من المولى
بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام قال وان باعه المولى شيأ كلامه ظاهر
الى قوله فان اسلم البيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتتوير دليله لان حق
المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بالية العين بعد البيع والثابت في العين
من حيث الحبس سقط به فلو فرض بقاؤه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة
العين والمولى لا يستوجبه على عبد حتى لو اتلف شيأ من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن
عوضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون
عين ذلك ملكه في يد عبد كما لو اودع عند عبد شيأ وعصبه منه وان امسك المولى المبيع
في يده حتى استوفى الثمن جاز لانه بايع وللبايع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو احضر به من
الغرماء فان قبل على هذا التقدير يستوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب
على ما قلتم ابينا اجاب بقوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين معنى يجوز
ان يستوجب على عبد دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى يستوجب
على عبد بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن
ملك البايع ولا يزيل من مال يستوي في الثمن فاذا كان البدل باقية تعلق حقه بالعين من حيث
هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باع بأكثر من قيمته جاز لانه تخيير بين ازالة المحاباة
ونقض البيع كما يبنا في جانب العبد سواء كان يسيرا او كثيرا لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء
قال في النهاية هذا اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية
مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله اصلا كما ذكر في جانب العبد
واذا اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة
او اتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا كان
الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من قيمته
وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب الا بدل ما اتلفه بمعنى الباقي عليه كما كان
ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لانه حقهم يقدرون بخلاف
ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر وهو واضح وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه
المشتري وعيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء
الغرماء ضمنوا البايع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه

الا ان يقضي المولى دينهم وقد ابطل اما البايع فالجميع فالتسليم واما المشتري فالقبض والتعييب فيحتبس الغرماء في الثمن واما ايلتف بمجرد البيع والشري لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتعييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتعييب لا بمجرد البيع والشري وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا وكذا اذا كان الثمن في يد بيوتهم ووصل اليهم تضمين البايع على ما يجيء وكذا ان كان الدين على المأذون موجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانهم اتلفوا عليهم محل حقهم وهو المالية وهذا فوايد القيود المذكورة وقوله كما في المرهون يعني الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولى بالحرية ما اخذ منه لان القاضي اذا رد قد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المونة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا قال ولو كان المولى باعه من رجل واحلة بالدين اذا قال المولى هذا العبد الذي بعته مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب الرد ومرجع حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبة به وكلامه محذوفة في المتن وفي كل منهما فايدة فالاول ليعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم مجل والبيع يفوت هذه الحبس فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس ان يردوه لوصول حقهم اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فينبغي لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن لم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بثلاثين قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص مجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الدين من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة

العبد

العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يواخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عن منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عن والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البايع غايبا فالخصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الذين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما قيدنا بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه ويدون خصما لكل من يدعيه بما في يده ولهما انه لو جعل خصما لادعي عليه والدعوى يتضمن فسخ العقد والعقد قد تم برضاهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشتري رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا لابي يوسف وعنهما وهو رواية ابن سماعة

رجل قدم مصراه فتصرف دليل على اذنه

مثل قوله في هذه المسئلة قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد فلان واشتري وباع كل شيء من التجارة لانه ان اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر وهو مستحسن والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقرار عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الامر على الناس نوضحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارات فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله الا انه استثنى من قوله لزمه كل شيء معناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء بالدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن لمدبره وام ولده ولمكاتبها الدين لا يباعان فيه فكانت خالصة حق المولى وحينئذ جاز ان يكون ماذونا وان لا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد كما بيناه ويريد به قوله في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الا ان مال الا ان المولى انما يلجئه في ذلك بعد فراغه عن حاجته فان حضر مولاه فقال هو ماذون لم في بيع الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور ما لم يقل قوله وعلى انها البينة لان دعواه الاذن لدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة

فصل لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي لانه نظير الاول للاشتراك وفروعه ولكونه بحملا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل التمييز من الخاسر اذا اذن له الولي كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وضرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر

في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجر لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لاستحالة تخلف حجر الرقيق فاذا ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه متعلق عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والبالغة لان كونه مولى عليه سمي الحجر وكونه ولاية القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يتجزأ منه وان اذن له المولى بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانها لا يتمان منه قوله ولان الوصية على اصل يعني قلنا بصحتها لصحتها اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من المولى في حقه صح تصرفه لنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرته فيه بنفسه لانه تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاه المولى بلا ضرورة وصح لنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البائع والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع غالب والشراء جالب ربحا الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف وكذا من اذن له ان يرى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه المولى لا يملك الاذن صدورها من الصبي لكون عن ولاية شرعية وان اذن المولى بذلك قوله والعتاب سبب للحجر جواب عن قوله لان حجر لصباه وتقدير انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل لغيره وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كونه لحق غيره وهو حق المولى فاذا ان له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيبيع تصرفه كما لو اذن للعبد المولى وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبتت الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقرير ان بقاء ولايته بعد ذلك الامرين للتنزل له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة نظر تعين اي لمباشرة وليه له ولمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي محتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصله ذلك ان تصرفات الصبي على ثلاثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بين النفع والضرر الاول كقبول الهدية والصدقة يصح له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يصح له اصلا والثالث كالبيع والشراء يصح له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لان قبل الاذن لا يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصح التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قبل اذا باع شيئا بأضعاف قيمته كان فاحشا فكيف يصح

فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع الجزئي بان الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد في تزويجه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ثم وصيهم ثم القاضي او وصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير البلد كما يجيء بخاري فكان الولي اكبر منه لانه ولاية تقليد القضاء من صاحب الشرط وقوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره وقوله والتشبيه بالعبد المأذون له اي اضرب لذلك لكن يرد عليه ان الغبن ليس بمستفحش فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون له بدين محيط بماله دون الولي فاجيب بان ذلك من اتجار والمولى وعدم اتجار الولي ليس من التهم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته كما له فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا وبيع اقران بعد الاذن ما هو كسبه عينا فان اوينا لوليه ولغير للغرماء الحجر عنه فكان كالبالغين واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افادة ذلك باذنه والجواب انه افادة تحوز من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا مر ورته في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز اقرار بذلك لان صحة اقراره في نسبه لحاجته في التجارة الى ذلك ليلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الميراث وجه الظاهر ان المجرد الحجر عنه بالاذن الحق بالبالغين ولهذا نفذ بوصيته بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان كالمورث والمكتسب في صحة اقراره لكونها مالية ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف ولانها بنته وان كان الولي والوصي يملكانها لان الاذن يتناولها كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن المعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه على ما بيناه معنى قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الى آخره وحكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذنه للاب في التجارة قال أبو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله اعلم كتاب

الغصب ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة فالاحتياج الى اقرار المأذون لما يصح به يكون التجارة دون غيرها صح به بين الغصب ولم يصح به بين المهر للون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان الغصب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب عاصيا لقرينته فصار كالعبد

المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف
المالك فذكر احد التجاسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة
لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير
على سبيل التغلب للاستعلاء فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غير متقوم غصب
زوجة فلان وحر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه
مزيل يد فقوله اخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احترازا عن الخمر
وقوله محترم احترازا عن مال الحربي في دار الحرب فانه غير محترم وقوله على وجه
يزيل يد اي يد المالك ليبان ان اثبات اليد على المال لا يدخل في حد الغصب عندنا
وعند الشافعي رحمه الله وهو اثبات يد العدوان عليه وغرق البستان مختلف تظهر في فوائد
الغصب كولد المغصوبة وغرق البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم زوال اليد
وعندهم مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس
على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط تبقى بعد رفع المالك فلا يكون الغاصب مزيلا اليد
مع بقاء اثره فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه الاثم والحظر
وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد ولا يتوقف على قضاء ولا اثم لان الخطأ موضوع
قال ـــــ ومن غصب شيأ له مثل المغصوب اما ان يكون قائما في يد
الغاصب او الاول فعليه مثله لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى والمثل صورة ومعنى اعدل
لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا فما اتلفه الحنطة
المؤداة مثل ما بقية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقط العبرة في الربويات فكان ادفع
للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام انما يتأدى بتدارك له
بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس لم يقدر على مثله الكامل فتجب يوم
الخصومة هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع
لابي يوسف انه لما انقطع الحق عما لا مثل له تعذر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو
الموجب ولمحمد ان كلامنهما واضح قبل اما قول ابي يوسف لتثبت الاقوال
بحسب ترتب الزمان على ثلثة اقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم
الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم تتات الا بتقديم قول
ابي يوسف وان كان الثاني قبله فعنده يوم غصبه قال ـــــ المصنف رحمه الله
معناه اي معنا قوله لا مثل له العدديات وحقيقته ان معناه الشيء الذي لا يتفاوت من جنسه
من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة

مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في
المالية وصرفا دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو
كالمثلي حتى يجب مثله لقلة التفاوت فيقل وجها انما اقتصر على المثلي والموزون
لان من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تعيبه ضرر كالموضوع من القمقم
والطست وليس بواضح لان من المثلي ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل
له فعليه القيمة وان كان الاولى للغاصب رد العين المغصوبة ولعمري يقتضي هذا
القسم كان السبب تأمل لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده
اي على صاحب اليد ما عين ما اخذت اليد حتى ترده وقال صلى الله عليه وسلم الجمل
لا صحاب يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان احدكم فليرده عليه وهو واضح ورواية
الغاية والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي معناه ان لا يريد بأخذ سرقته
ولكن اهمال التحفظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاز في ادخال الذي عليه
او قاصد اللعب وهو يريد به حد في ذلك ليتحفظ ولان اليد حق مقصود بدليل جواز
اخذ العبد في التجارة فانه لا حكم لشراه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان
مديونا فانه ليس فيه شائبة النيابة عن المولى في التصرف فلما ان اليد حق مقصود وقد
فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي
على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقبل الموجب
الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فيما اذا ابرا الغاصب
عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يد لا ضمان عليه ولو لم يكن
وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة
الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد
غصب شيأ وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا نقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة
المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع
عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على
الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انما هو لعرضية ان يوجد فلا شبهة الوجوب
في الحال فالقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير
والانوار وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب
منها وان تعذر في الكفالة وعن مسئلة الزكوة ما ذكرنا في الابراء الواجب الرد في
المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم
حتى يعلم الهلاك بما قبله اظهرها ومعدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا اذا لم يبرهن
المالك بالقضاء بالقيمة فان برهن او حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها قضى عليه برد ما
انتقاعا عليه من القيمة او اقام المالك بينة على ما ادعيه من الهلاك لان الواجب رد العين

والحلال يعارض امرا عارضيا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فاذ قيل ذكر
في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غيب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير
يلزم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور
في الكتاب جواب الافضل ق ـــــــ والغصب فيما ينقل ويحول
الغصب كان فيما ينقل ويحول كالثوب والحيوان وموكل بالدار والضيعة والعقار
والتحويل واحد وقيل التحويل اعم النقل من مكان الى مكان والاثبات في مكان احرز كما في حوالة الباطل
والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان احرز لان الغصب تحقيقه يتحقق في المنقول
بدون غيره لان ازالة اليد بالنقل والانتقل في العقار والغصب بدون الازالة
لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة رحمه
الله وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول والشافعي رحمه
الله يتحقق اثبات اليد بالسكني ووضع الامتعة ويحرز لك ومن ضرورته زوال
يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حاله واحد واما
قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر دار من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة
وفي يد الاجر حكما للنهي يدان مختلفتان فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات
يد الغاصب وهو الغصب اي لتحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في
تحقيق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص
فجحد كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذا الصورة تناقض ظاهر وكان التلف
الوديعة غصب وعدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التلف
ازالة اليد من جانب الشافعي لا لازم فانه يكتفي في الغصب باثبات اليد
الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الغصب اثبات اليد
باز الة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا الجحود لا يتصور في العقار
لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار بعض
الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة
اليد والكل بانتفاء جزئيه فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت
فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة
الجحود ذكر في المخلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر
في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا
للضمان في العقار وفي قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف ولو سلم فالضمان
هناك ينزل الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قا ـــــ وما نقصه
منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما
على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف فالعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه

لانه

لانه فعل في العين قا ـــــ المصنف رحمه الله وبدخل فيما قاله
يعني القدوري اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحداد او القصار
فهو كهدم جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه
اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها او سكن فيها بافة سماوية فلا
ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو غصب دارا وباعها وسلمها
واقر بالغصب وكابينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب
لا يضمن البايع بذلك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان البيع
والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما محمد رحمه الله وقيد بقوله
ولا بينة له لان اقرار البايع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة
تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويا خذها
من المشتري فلا يضمن البايع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا
عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البايع بالاتفاق
فان قيل اذا شهد ابدا رلانسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه
بالاتفاق واتلافها كاتلاف البايع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما اجيب
بان مسئلة الشهادة على قول محمد رحمه الله وعلى تقدير ان يكون قول الجميع
فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى
لو اقاما البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن الاتلاف واما مسئلتنا
فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بحز المالك عن اثبات ملكه بينة الا ترى انه
لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البايع ضامنا وان انتقصت
بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان يستاجر
هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها
وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلكت النقل في يد الغاصب بفعله او
بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل
في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رد ها تجب القيمة يعني على
رأي من يرى ان الواجب الاصل في الغصب رد العين ورد القيمة تخلص خلفا
او سترد في القيمة بذلك السبب يعني على رأي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد
العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند
الغصب ولهذا يكون الغصب السابق هو السبب تعتبر قيمته يوم الغصب
والافضل في ذلك بينما يكون الهلاك بفعله او بفعل غير وان نقص المغصوب
في يد الغاصب وان جبر نقصانه بوجه اخر ضمن النقصان سواء كان النقصان
في يد نده مثل ان كان عبد المحترفا منسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزايه

اذ كان جارية فاعورت
او ناهدة فتثيبت فانكر
ثيبوبتها او في غير يد نده

شبكة الألوكة www.alukah.net

بالغصب وقد فات منه جزء تتقدر رد عينه وما تقدر رد عينه يجب رد قيمته
واما اذا اخبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة
الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر فان كان
النقصان بتراجع السعر فلا يخلوا اما ان يكون الرد في مكان الغصب اولا فان كان
فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر معتور الرعيان لا بفوات جزء وان لم يكن فيه
يجبر المالك فيه من احد اقيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان بيرده
لان النقصان حصل من قبل الغاصب فينقله الى هذا المكان فكان له ان يلزم
الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله
فما تقدر عنه يجب رد قيمته وبخلاف البيع معطوفا على قوله بخلاف يعني اذا نقص
شيء من قيمته في يد البايع بفوات وصف منه قبل ان يقبض المشتري لا
يضمن البايع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب
نقصان الوصف وان تحسنت النقصان كما لو اشتري جارية بابة مثلا
فاعورت في يد البايع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء
البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المابة كما شرط لانه ضمان عقد
والاوصاف لا تضمن به اما المغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل وهو القبض
وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب صلح لحلول الذوات
جميع اجزايها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله
ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان
غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او انقصت
فانضم في يده فلا يملكه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي
الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شا اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غير وان شا
تركه وضمنه مثله قال ومن غصب عبدا فاشله اي ومن غصب
عبدا فاجره وقبض الاجر فصار ممسوخا ولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل
جميع اجزايه في ضمانه بالغصب فما تقدر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان
وصفه مما تقدر رد عينه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يتصدق عليه هذا اذا اجر المستعير
المستاجر والمودع الوديعة لان عند ابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما اذا اضمن
فلها القول بالموجب اذ سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو
التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذا الفرع يحصل على وصف
الاصل اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه
مستند افاين يكون الخبث اجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه

ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الغايب فلا ينعدم
به الخبث اجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه فلو هلك العبد في يد
الغاصب حتى ضمنه له ان يتعين بالغلة في ادا الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا
لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول ويزول الخبث بالادا اليه
بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري
فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في ادا الثمن الى المشتري لان الخبث
ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غير اي غير الغلة بتاويل المذكور والاجر
او المال لانه محتاج اليه والمحتاج له ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى
به لانه ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا
وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا
انه محتاج ولذلك ان اسهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه
وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله قال

ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فالغاصب اذا تصرف في المغصوب او المودع
في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
وقد مرت الدلايل وجوابها في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف
لان امر سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيبلوث الربح خبيثا وانما
كرر القدوري في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا
اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهرا واما فيما لا يتعين بالتعيين
كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشتري بها
اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشتري بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد
من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها فانه يطيب له وهن
اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجها
آخر لا يطيب فيه ايضا وهو انه دفع الى البايع تلك الدراهم او لا ثم اشتري
منه تلك الدراهم وبهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة
اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد اذا من التقد
ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام وهذا للحرج عن الناس
وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن ولكن بعد الضمان
لكل حال اي في الوجوه كلها وهو المختار اطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
بقوله يتصدق بجميع الربح وقال ذلك لانه اذا انفق منها ولم يبق منها شيء لسلامة البيع
حصلت بهن الدراهم فاما ان يصير عينها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان اشار اليها
ونقد من غيرها فالحاصل جنس الثمن وقد حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها

فالحاصل في الاسم لان هذه العبارة تدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها صح صح

يمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب
التصدق وان اشتري بالف جارية تساوي الفين فوجهها وطعامها فاكله لم
يتصدق بشيء يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا ان الذبح انما يتبين عند اتحاد
الجنس بان يصير الاصل ومازاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الذبح فصل
لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة
اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولم يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها وقوله
بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه
او حلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء ضمن وان شاء تركه وضمنه
وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد
ملك مالكها لانه لم يزل اسمها فيقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها
ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة لعين الحنطة لجعلها هريسة
وكشكا ونشاوبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تابع للاصل لان قوله زال
اسمها تناوله فانها اذا طحنت صارت شيئا فشيئا دقيقا لا حنطة ومثل ذلك يقوله لمن
غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك
بل الذبح والطبخ ممزوجا لحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه
من فعل قوله وهذا كله يبني ان زال ملك المالك وملك الغاصب وهما عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف
رحمه الله عبر انه اذا اتخذ من الحنطة دقيقا لا يضمنه النقصان عند لا يؤدي الى
الربوا اذ الدقيق غير الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث
ما لم يكن موجودا او تفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا
يجري بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي رحمه الله يضمنه
لان على اصله يضمن النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية
عن ابي يوسف وعند ابي يوسف يزول ملكه عنه عند لكنه يباع في دينه وهو احق به
من الغرماء بعد موته قوله وللشافعي عطف على قوله لا ندي الى الربوا وتقريره
ان بقاء العين المغصوبة توجب بقاء على ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغصب
رد العين عند قيامه ولو لا بقاء على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية
فتبقى على ملكه وتتبعه الصفة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا ذهبت الذبح
في الحنطة والتاها في طاحونة وطحنت فان الدقيق لمالك الحنطة كذلك هذا
فان قيل تمثيل فاسد فانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به

ولا يسقط

يكون

اجاب

اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول
ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا اعدم الفعل اصلا
وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة
المغصوبة او ابنها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس
بسبب الملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة
تزداد بطبخها وشيها ولذلك يقيمة للحنطة تزداد بجعلها دقيقا واعدامها صيرحق
المالك هالكا من وجه لان الاسم يتبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه
اي حق الغاصب في الصنعة قايم من كل وجه وما هو قايم من كل وجه مرجح على
الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا الترجيح
كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قايمة بالذات تابعة
لها فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قايمة بذاتها من كل وجه
والعين هالكة من كل وجه قوله ولا يجعل سببا للملك من حيث هو محظور جواب
عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة
تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو
سبب من حيث هذه الجهة لان الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب
عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل
من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم
انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال لشاة شاة حية فان قيل اللام
فيها بعد التاويب ولا يقال شاة مذبوحة بل يقال لحم مذبوح فقد حصل الفعل وتبدل
الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد نفى اسم الشاة
فيها مع ترجح جانب الحرمة فيها اذ لمعظم المقصود منها اللحم السلخ وانما يقع بعد
ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح لتحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف
الطبخ والشي بعد لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها ان يأخذها
قوله فهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على انقطاع حق المالك
وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسايل الغصب فانه
اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع
حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع فكان
بالجبار على ما سيجيء لان عين الثوب قايم لم يتبدل اسمه قوله ولا يحل له الانتفاع
ظاهر وقوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك مطلق التصرف يعني ان
المالك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه ملك المالك بالدلايل المذكورة والملك
مطلق للتصرف يعني ان المالك قد يثبت للغاصب ان من غير توقف على رضي عين

الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وهو
حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي
موسى الاشعري رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة
انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها
ولا يسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي
ولو كانت اعز من هذا لم ينفعني علي بها وسار ضيفه بما هو جيرته اذا رجع فقال
صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسرى قال محمد بن الحسن رحمه الله يعني المحبوسين
فامر بالتصدق مع كون المالك معلوما بيانا ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير
يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر
بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء قوله
ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول وهو ظاهر وقوله ونفاد بيعه جواب عن
قوله ولهذا الوهبه وتعذر رد العين ان نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزمه
الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يودي
بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان مال اليتيم وقوله بخلاف
ما تقدم الى قوله كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها
او حديدا فاتخذ سيفا وقوله واصله ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل
من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاشتغله فنقصته الغلة فعليه النقصان قال
وان غصب فضة او ذهبا او غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية
لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فاخذها والنبي للغاصب وقال
الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة متقومة معتبرة صيرها احداثها حق المالك
هالكا من وجه الا ترى انه كسرها وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو يصلح
راس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح كذلك وفي ذلك دليل على
تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعد ما دراهم
او دنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم وكان ابي حنيفة رحمه الله ان العين
باقية من كل وجه الا ترى ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة
وهي التمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوة كذلك واذا كان كذلك لم
ينقطع حق المالك وقوله وصلاحية لراس المال جواب عن قوله والتبر لا يصلح الى آخره
وتقرير ان الصلاحية امر زايد على مقتضى الطبيعة تحدث بالصنعة كالانية
اهلك العين بهما من كل وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة
متقومة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها
وانما تتقوم عند مقابلة خلاف الجنس لمن استهلك قلب فضة فعليه قيمة من الذهب

مصوغا

مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو
اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة ملراعاة
حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد
صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين الكسور والصحيح لانه عاد اليه عين
ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان
كذلك كانت الصنعة معتبرة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح الابطال
حق ثابت من كل وجه ومن غصب ساجة فبنى عليها بجص هي الخشبة العظيمة لان الساحة بالجا
ستاني بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الزيادات
ذلك فيما اذا كانت قيمة البنا اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة
اكثر من البنا لم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه
آخر لنا فيه وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد مناه
يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الى آخره
ووجه آخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه الشافعي ضررا
بالغاصب ينتقض غايته الحاصل من غير حلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه يجبر
بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب
في سفينته والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها
واما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عندنا خلافا للا ستحسان
قال قبل عدم جواز نزع الخيط واللوح عذر من حيث ان فيه تلف النفس لا
لان المالك ملك ذلك ما منع فلا يصلح للاستثناء واختلاف المناط قلنا يثبت
في كل واحد منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان ابطاله زيادة ضرر
المالك فكانا متساويين ثم قال الكرخي والعتابي ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض
اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد في البنا واما اذا بنى على الساحة ينقض
لانه متعد فيه قال المصنف رحمه الله وجواب الكتاب يعني قوله بنى عليها يرد
ذلك وهو الاصح قيل لانه بسبب كان عليه لان الساحة قبل البنا عليها تصلح للاحراق
تحت القدور وابواب الدور وغير ذلك وبعد لا تصلح لشيء من ذلك الا بالنقض
والتغيير بوجب انقطاع حق المالك قال ومن ذبح شاة غيره ومن
ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه
نقصانها وذلك الجزء وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع
ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لجزارته على المالك لانه حق
مقصوده فكان زيادة فيها لا نقصانا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل
وذلك لان نفس اراقة الدموم من الحيوان نقصان فكان لمصلحة له في ذلك

استثناء

بالنسبة الى حق المالك

قول الشافعي

المالك الخيار لاحتمال ان يكون لم فيه مقصود سواها
من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر

وكذلك قطع يدها اي يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى
الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يضمنه شيا يعني في ذبح الشاة لان الذبح
والسلخ في الشاة زيادة على ما مر وجه الظاهر ما ذكرنا انه اتلاف من وجه باعتبار
فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبناء بعضها وهو اللحم قصار
كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولانه لا يتم الجزور بظاهره ولهذا
يجيء من قوله فوت بعض الاغراض اذا لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله
من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب
طرفا فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس
لتقييد بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما قوله ايضا كذلك لانه عطف قوله
وكذا اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه
نقصانها فدل انها في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على
اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيها يعني
في مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ما ذكره ترك ذلك
الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول
وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم
بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الاول اتلاف
من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من وجه والظاهر من كلامه
نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها
ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في
الخصي والمخنى فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع
يدحمار او رجله وكان لما بقي فله ان يمسك ويأخذ النقصان قوله
بخلاف طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة
وحاصل الفرق بين الادمي وغيره ان الادمي بقطع طرف منه
لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها
لما هو المقصود منها من الحمل والركوب وغير ذلك قال
ومن حرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد الفاصل بين الحرق اليسير
والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان القيمة فهو فاحش وما اوجب
وما اوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة
فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير واشار في القدوري الى ان
الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة
الثياب بان لا يصلح لثبوت ما قال المصنف رحمه الله والصحيح ان الفاحش

ما يفوت

ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذا الظاهر الثبوت
اذا قطع يفوت شيء من اجزايه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه بذلك
يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخله
النقصان يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر الثبوت اذا قطع
فوت شيء من اجزايه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه المالية بسبب
فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه الله جعل في
الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه
فله ان يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه
قيمة الثوب ولا شك ان الغاية به بعض المنافع لان بعد ما قطع قميصا يصلح
للقميص وان كان لا يصلح للقبا والمئتره والساقط اقل من الربع ومع هذا
اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوبه غيره خرقا
يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل وجه وانما دخل
عيب فيضمنه واذا خرق خرقا كثيرا فللمالك ان يضمنه جميع قيمته ويترك
الثوب عليه لانه استهلك من هذا الوجه فانه من قبل القطع كان صالحا
لاتخاذ القبا والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء
اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين
باق وكذا بعض المنافع قايم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة
اوالى جانب القبا واخذ العين وضمن نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ
الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لا يلبس
كالكرباس قال ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى
شرح لكن كان القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض
كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساجة اقل من قيمة البناء فليس لرب الارض
وان كانت قيمة الساجة اكثر فله ان يأخذها قالوا هذا اقرب من مسايل
حفظت عن محمد رحمه الله قال في لولوة سقطت من يد انسان فابتلعتها دجاجة
انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللولوة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير
صاحب اللولوة ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لصاحبها وان شاء ترك اللولوة
وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللولوة وكذلك اذا دخل قرن الشاة في قدر
الباقلاني وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمته
الاخر الى صاحبه ويتملك له صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شاء وله
امثال يعني ما ذكر وقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم صححه المغرب
بتنوين عرق اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه

حذفها

ظاهره ان الغصب لو كان اقل قيمة من بناء الغاصب على قاعدة فعدوه

الاعصان ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يومر بقلعه وقوله بتومر الارض الى اخر بعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يغرم صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب ليسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوبا الى اخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في فصل الساحة يومر بالقلع اذا لم يتضرر الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما تفعل ملك الغير بملكه وقوله لان التمييز ممكن يعني بالقصر قوله ولنا ما بينا يعني في مسئلة الساحة بالجامع بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى صاحبه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التباين بينهما وتخيير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلته وقال ابو عصمة المروزي في اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واحتر زبهذا القيد عما ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكر ابو عصمة متصل عليه من مسئلة الاصباغ وان كانت مسئلة الانقباع كذلك لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسئلة فقيد بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر مما ذكرنا في مسئلة الصبغ والانقباع الوجه يعني جواب المسئلة وتقليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط غير فعل غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلة فلم يبق مثليا وقيل المراد منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير في منه وبه باعتبار ما يقوم وقوله فمن محمد انه ينظر الى اخر معناه ان ينظر الى ثوب يريد فيه الحرث فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة تقاصا ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

فصل لما فرغ من بيان ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسايل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمينها فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي قال الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك

كالو

كالو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا الملك ملك البدل وهو القيمة كما له يعني بدلا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل من ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل وفائدة الفرع عن مالك البدل لكن بشرط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك كلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك كلاما سديدا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في المزيد علما وتا رحمهما الله الغصب مفيد الملك في المغصوب عند القضاء لضمان او التراضي قال شمس الائمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب ملك الزوايد المتصلة والمنفصلة كالمبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوايده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه البيان بعض الشفعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه فلا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به فلا يجوز لحاكم مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه توجيه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله نعم قد يصح التدبير بالقضاء جواب عما يقال انسلم ان المدبر لا يقبل النقل فلم قلت ان موته لو باعد وحكم الحاكم بجواز جاز البيع وفسخ التدبير وتقرير العقل بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه حينيذ كان البيع مصادفا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته العقل بهذا الطريق وما نحن فيه لم يقض التدبير والكلام فيه قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك حينيذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي

البدل

قال

ضافة

يمين

يتولد هذه المسئلة عن مشكلة وقف المشايخ رحمهم الله فرق بين هذه المسئلة وسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين واقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين واليقنة واقامة البينة لم يسقط الا باليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكرا وصافا المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يكن وهو الاصح وقال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جاريته واقام على ذلك بينة حبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله ينبغي ان يحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية لم يبين جنسها وصفاتها وانما كان ذلك اصح لاصل الفرق فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين تقضت امارات شاهد معاينة فعل الغاصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل العذر ويثبت اشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم وصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقرار فحبس حتى يجيء به وعلى هذا الاختلاف اذا قال ابي بكر الاعمش وهو ما قال تاويلها ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعي عليه في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضى اولا فان كان الاول كما لو ضمنها وقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين اي فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قبل اخذ القيمة وان كانت ناقصة تدل على تمام الرضى فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله اخذ دونها اي اخذ المالك دون الزيادة لا تدل على تمام الرضى لانه اختلف للعرض وهي عدم الحجة بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باطلة بيقين ولو ظهرت العين وقيمتها مثل مضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال ابو حنيفة لا خيار له في استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله وهو اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يبطل ما يعتبر من القيمة

وما

ومالم يتم الرضى لم يسقط الخيار قال ومن غصب عبدا فباعه ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز البيع وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم تجز عتقه لان ملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا اوضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الاكتساب دون الولاء على ما يذكر وانما نقض بكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالتضمن كذلك المكاتب قال لو ان رجلا باع عبدا وليس له ان يعتقه وقبض باعتاق الغاصب ثم ضمنه احتراز عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب قال فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب المالك والاكتساب الحاصلة باستعمال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى يضمن بالتعدي لانها عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على اصله الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصور فكالطبيخة المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجوب سبب الضمان في حق الاصوان لم يكن هناك منع من الخروج ولنا ان الغصب اثبات على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول الكتاب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحملت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عضوا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا اذانة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عن الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا الضمان كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه وانما ذكرا التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان توفيت يده يحمل عليه لانه كان متمكنا من احذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف الفائتة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشروي واجيب بان الضمان ليس بصفة قائمة في الام بل هو لزوم حق في الذمة ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان

باستعمال

ن

في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان امانة وذلك كغاصب
الغاصب فانه يضمن فان لم تزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا
يشهد مع العدل على الاشهاد ولم تزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد
ولم يزل في حق الولد ويضمن الاولاد بالاتلاف تسبيبا لحفر البئر في غير الملك
وليس عينه ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا انما يضمن على التفسير
المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا
فلم يلتزم ذلك بجواز ان يكون الضمان حكما موجبا بفعل كل شخص منه بشخص
من العلة مما يكون تعديا قوله وفي الظبية المخرجة الخ جزء من الحرم جواب عن قوله
كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس
عليها قبل التمكن من الارسال وهو ظاهر القياس لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم
المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع
بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه
من الجواب اكثر مشايخنا رحمهم الله واذا اطلق يعني لو قيل يوجب الضمان
في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده وهو ضمان جناية
اي اتلاف لان صيد الحرم وزوايد كان امنا في الحرم صيدا وذلك في معنى
عن ايدينا كالوقوع في ايدينا تلف بحفر الصيد به فيضمن لذلك بحرد الوقوع
في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر رهنه فانه لو اوجب الضمان بسبب اخراج
الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء اخر
ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر رهن الجناية التي هي الاخراج
من الحرم قوله ويجب يعني الضمان بالاعانة والاشتراك بالنص فلان يجب
بما هو موقوف وهو اثبات اليد على سبيل الاولى ـــــ وما نقصت
الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان
الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة
الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه فيجتمع اجزاؤها
وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية
والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح ان يكون حابرا لم يضمن الغاصب
شيئا وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا
لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة
ولدها يساوي ذلك النقصان فانه لا يجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب
ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد وماتت الام وقيمة الولد وفاء وكما
اذا جز صوف شاة غير فنبت مكانه اخر او قطع قوائم شجرة الغير فنبت قوائم

اخرى

اخرى مكانها او ضحي عبد غير فزادت قيمته بسبب الضحايا وعلم الحرفة
فاصطاد التعليم وازدادت به قيمته فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم
بالقوائم ولا ما نقص من الجز بالضحايا والتعليم جابرا دمن القيمة فيه ولنا ان سبب
الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة
على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية
وزنى بها على ما سيجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد
لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالمبيع لما زال
المبيع عن ملك البائع احتل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد
السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ... ثم رجعا
لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف رجل كالفوات فصار كما اذا غصب
جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب
في يد واخذ ارشها واداه مع العبد بحكم غصب فانقطع القطع ولم يعتبر النقصان
لكونه الى خلف قوله وولدت الظبية ممنوع جواب عن قوله او تقوين لا تسلم
ان النقصان في الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم ان الام اذا مات
لا تجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على ظاهر الرواية واما
تخريجا على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس
كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه
غالبا وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى وهو انه تجبر بالولد قد ونقصان
الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام كان الولادة لا توجب
الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين
فلو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وخلاف
ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجه
ان كلامنا فيما رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد اذا كان
الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والحيا لا يعد زيادة لانه عرض يعرض
الفسخ فلم يكن له اعتبار في الشرع وما ورد امسايل ذلك فليس فيه اتحاد السبب
لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا محل النزاع فان قيل المذكور جواب المشتبه
بما واصل تلك الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصح ان يكون جابرا النقصان
وقع في ملكه هو على حاله اجيب بان المصنف اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا
واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر لاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل
لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان
الغاصب لبطل يجتمع البدلان في ملك شخص واجيب بانه ملك المولى لا محالة

شبكة الألوكة www.alukah.net

ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع التقوم
بطل الخلفية وبقي ملك المولى فان قيل الولد امانة فكيف يكون خلفا
عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف رحمه الله من عدم عدم نقصانا
لايضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السوال الثاني ايضا فلله در المصنف
ما الطفه فهما جزاه الله عن المخلصين خيرا قال ـــــ ومن غصب
جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله
في رجل غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبل فمات في يدها فحبل مات في نفاسها قال هو ضامن
لقيمتها يوم غلقت وليس عليه في الحبل ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه
في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وما بعده المصنف في قوله ثم يردها
فحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد لبيان
ان الحبل كان موجودا وقت الرد قال الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق
وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت عنده
بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعد لسبب حدث في يد المالك وهو
الولادة لا بسببه كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب
كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها فحبلت
فهلكت منه ولكن اشتري قد حبلت عند البايع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن
يضمن نقصان الحبل وعلى ابي حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه
ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فاسد غصبها وما انعقد فيها سبب
التلف ورد فيها وبها ذلك قضاء كما اذا اجنت في يد الغاصب فقتلت جانيا في يد
المالك اذا دفعت بها ان كانت الجناية خطا فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة وان
كذا هذا بخلاف الحر اذا زنى بها رجل مكرها فحبلت وماتت في نفاسها لا تضمن
بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد ما اد الرد
بكونها حبلى قوله وفي فصل الشري عن قولهما لكن اشتري جارية فوجدت
عند البايع بطريق العرف وهو ان في فصل الشري الواجب على البايع ابتداء التسليم
الى تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها
بالتفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب الرد على الوجه الذي اخذ عليه
شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرطه
وهو تمثيل فاسد قيل وتحققه ان الشري لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا يدخل
في الشري ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البايع تسليم العين الذي هو
مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب

فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب
ورد ها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد
بدون اوصافه فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى
والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت
في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قايم في يد الغاصب بالشك قوله
والزنى سبب جواب عن قولهما اوزنت في يد ابي حنيفة وتقريره ان الزنى
الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الخارج ولا المتلف ولما حبلت
في يد المالك الحد متلف كان غير ما وجبه في يد الغاصب فلا يضمن قال ـــــ
ولا يضمن منافع ما غصبه منافع ما غصبه غير مضمونة لان نقصانها استعمال له
عمر الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذ
بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني تلفا في شمول العدم
عندنا وشمول الوجود عند وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي
وان عطلها فكما قال ابو حنيفة رحمه الله والشافعي ان المنافع اموال متقومة
لكونها غير الا دمي خلق لمصلحة الا دمي ويجري فيه الشيخ والصبية ويضمن بالعقود
صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما
كما لو ورد على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكنة
الى تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى
وما حدثت في امكان الرجل هو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لا يثبت للعبد
الا دفعا لحاجته التي اقامت التكليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان
لا يضمن ملك نفسه وان سلمنا احدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق عجزها واتلافها
وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولان سلمنا عجزها واتلافها لكن تشترط الضمان
المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنايها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف
ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث
الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه لدراهم
اليتيم فانه جايز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القرباني
مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي
ما يكون بين باق وباق لا بين باق وفاني فكان السوال غير وارد وهذا راجع
الى انهما معتبران جوهرين لا بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب
بالدراهم جايز وان كان احدهما يبلى دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب
بدراهم اليتيم جايز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على ان القرباني الاحسن
في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت من الماخذ اي السلام

شبكة الألوكة www.alukah.net

التي هي مناط الحكم اوما ذكرناه لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقولها لانها تحقق غصبها واتلافها وثالثا بقولها لانها تائلة الاعيان الى اعلى في المختلف في مختلف ابي الليث رحمه الله وقوله ولانسلم انها مماثلة متقومة جواب عن قوله المنافع اموال متقومة وتقريره انا لانسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لايسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لايبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي والعقد في المنازع فيه الا في اي لكن مايتقص باستعماله مضمون عليه بالاستهلاك لبعض اجزاء العين

فصل في غصب مالا يتقوم لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب مالا يتقوم باعيانها وعرضيه ان غصب متقوما اما باعتبار ان ديانة المغصوب منه متقومة اومتغيرة في نفسه الى التقوم قال وان اتلف المسلم خمر الذمي وخنزيره هدر المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي والاصل ان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف هكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم واذا سقط تقومها لم يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لم تحل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا دليل ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سألوه عما لا يصنعون بما مر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها من اثمانها فقد جعلها متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا نجبرهم على الترك بالالزام بالسيف لعقد تعذر الالزام على ترك التدين فبقي الحكم التقويم في حقهم وانا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص بيضمنه ونقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح يوجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم ينزلهم وما يدينون اجيب بانا لا نسلم يعتقدون التوريث بنكحة المحارم فلا بد لمن يدعي ذلك من بيان وقوله وبخلاف الميتة والدم جواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكر في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية

ويذكر المعبد في الكتاب تأويل الثواب او المذكور لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعزازا لها لخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جازهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها ونسلمه قوله وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر ولذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى اخره لايساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله لانه مستثنى عن عقودهم يعني بعد الجواز بقوله صلى الله عليه وسلم الا من اذى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه ضمن لهم لا يدينون لشؤم حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلف لا يضمن شيأ وان كان اعتقاد الذمي لان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة معقيس عليه للشافعي رحمه الله والجواب انا ما ضمنا لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض للذمي من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه ثم استشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك لغرامي والتعرض مقر على ذلك بخلاف الارتداد وقوله وبخلاف متروك التسمية عامدا يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نتركهم على ما يعتقدون من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان يقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قالوا ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوا ولقائل ان يقول لانسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال وان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه وكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغة اما ان يكون بخلط شيء وعلاجه قيمة او لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ بالقرض بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا فان كانا باقيين احذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته

مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وله للغاصب انه يحبسه حتى يستوفي قيمته لحق الحبس
في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكر في الكتاب وهو بين لو لم يكونا باقيتين
فان اسهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن
الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع
والجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكر والتنبيه على ذلك
انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا ضمان
قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقولنا انما
الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلانه باق على ملك المالك
حتى كان له ان ياخذه قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من خرا لصه
واما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه
وعن ابي يوسف ان لصاحبه ان ياخذ في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على
ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه للمالك ما زاد الصبغ فيه
وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه
قوله ولانه واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب
رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار ويضمنه بالاستهلاك لا الهلاك
وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام
رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس يعني ان القاضي يقوم الجلد بالدراهم نحو ما لو دبغا لو نا يقوم فيطرح عنه
ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه
ولابي حنيفة رحمه الله ان سلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم
بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له
ان يحبسه حتى يستوفي ما كلفه الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا
لصنعة الغاصب في حق التقوم كالتابع الاصل وهو الصنعة غير مضمونة عليه فكذا
التابع ليلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان
هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمونة فكذلك الجلد والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف الرد جواب عن قولهما لانه
واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الجلد والملك غير تابع
للصنعة في حق الملك لشيوعه قبلا وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد
التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك
والجلد فيه اصل لانه تابع فوجب رده وتلفه الصنعة وقوله بخلاف الذكي للثوب
جواب عن قولهما اذا اغصب ثوبا واخرج الذكي استظهارا لان التقوم فيها

اي

اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصبغ لم يكن تابعا للصنعة
والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب
في هذا الوجه اي الذي كان الدباغ فيه لشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ان برء
المسئلة خلافا لاحد الفريقين ووجه ذلك اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه
عجز الغاصب عن رده حكما كالاستهلاك وهو اي الاستهلاك على هذا الخلاف على
ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه
وضمنه القيمة من جهة المالك فلا يلزم مما ذكر من جواز التضمين في صورة تعدي
فيها الغاصب جواز فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل
يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير
خلط شيء واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء
لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن
قيمته في قولهم جميعا لانه صار ما لا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت
المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان
فقيل يضمن قيمته مدبوغا وقيل ظاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين
في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر ثم القى فيه قال المشايخ صار الخل
ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان شاء المالك اخذ
ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا اشارة الى قولين آخرين وهو ما قيل
ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر كلامه ظاهر سوي
الفاظ يشير اليها قوله هو على ما قيل وقيل بتكرير قيل اشارة الى القولين
المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك
الى ان قال قيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك
اي اصل محمد رحمه الله فان اصله وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشيء
بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا القى فقد اتلف
خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب
في الوجهين يعني ما اذا صار خلا من ساعته او بعد زمان وقوله
اخروا جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان ياخذ
الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم حملوا على الوجه الاول وهو التخليل بغير
شيء كانت قد مر بعضهم اجروا على اطلاقه وقالوا للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها وهي التخليل بغير شيء بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيها يصير مستهلكا

والتخليل

في الحرف لم يبق متقوما قال ومن كسر لسلم بريطا اوطبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر بربطا وهو الذي من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله سكرا اي صبه يقال لصبه هواق بعد تحريك الماء واهراق بتحريك بسكون فالهاء في الاول بدل على الحرف وفي الثاني زايدة وكلامه الى آخره ظاهر

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب بملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن تدعو الحاجة الى معرفة الاخير عنه لكثرة بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزراعات اوجب تمهيده وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها ان يكون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقار من العقار على المشتري بشركة اوجوار قال الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم الجار يعني الملاصق قال المصنف رحمه الله افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لكل شريك لم يقاسم اي ثبتت الشفعة لكل شريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الاخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار وفيه نفي الشفعة وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار والارض تنتظر له وان كان غايبا يعني تكون على شفعته متى جيئته اذا كان طريقها واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقها واحدا وقوله تنتظر له وان كان غايبا يعني تكون على شفعته متى جيئته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال تقرير سببه فيثبت معناه احق به عرضا عليه للبيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غايبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله حقا على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بصقبه فقد يا رسول الله ما صقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول دليل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاية من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان

قابلا

قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عندنا واذا قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليل له مقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تمليك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب انه لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لا يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم لا مؤنة عليه في الرفع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه ان نزاعه ليس في الجار وجد بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبير والطاحون لما روينا من الاحاديث من قوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بصقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصالا تابيدا وقرارا وهو ظاهر هذا لانه المزموم وقوله تابيدا احترازا عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرارا احترازا عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض رفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احترازا عن الاجارة والمرهونة المجعولة مهرا اعتبارا اي الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معنى لانه في معناه اذا اتصل على هذه الصفة يعني اتصال التابيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار لان الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتمليك الاصل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابايه اقوى دلالة وحاصله ان الاصل دافع والدخيل رافع والدافع اسهل من الرافع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه حيث جعل العلة المؤنة في استحقاق الشفعة عند البيع لزومه مؤنة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة

شبكة الألوكة www.alukah.net

امر مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر عين وهو التملك على المشتري من
غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه من خبر التعارض
وقد اجاب بعضهم بان قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم من باب
تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي الحكم عما عداه وقوله فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق
عدم الشفعة بامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق
واحدا حب الشفعة وانما نفى الشفعة في هذه الصورة لانتفاء وضع الاشكال
لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة او لا فبين
رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة وبالدليل اعني على ان الترتيب
قوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق بالخليط والخليط احق من الشفيع
قال المصنف رحمه الله فالشريك في نفس المبيع والخليط في حق المبيع والشفيع هو
الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله وان
لا نسلم دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة
يعني قد ذكرنا ان دفع ضرر مونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم
يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا ان الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة
للاستحقاق قال — وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب
ثبت ان المتاخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلم
فللمتاخر ان ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك
حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار وطلب الشفعة مع الشريك
اذ العلم بالبيع لتمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك
فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف رحمه الله في عين الظاهر جعل المتقدم
حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون
في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل ان تكون البيوت في دار
وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على
الجار في بقية الدار في الاصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان
اتصاله اقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل
في بيع الدار من ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة اراد الموضع
الذي هو مشترك بين البايع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد
فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه
والجار سواء في بقية الدار لانه لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا
حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص على اختلاف من بين التفاسير المذكورة

له

بان كانت الطرق

على الثاني

في دار

له والفلج من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر والاشائب سبح
وذكر استحقاق الشفعة في السكة والحالة على استحقاق الشفعة على
ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولا حق له في المرور
واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب بتلازمان فكل
من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة
ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن ليس له ذلك
في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهر اصغر منه فهو على
قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذ تشفع
مسلة غير نافذة الى آخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار
جواز الطرق فكذلك قال على قياس الطرق يعني لو بيع ارض متصلة
بالنهر الصغير كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في
السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة الكبير وذكر مسلة صاحب
الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشار الى قوله لان العلة هي
الشركة في العقار قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد الرؤوس
خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها
وللاخر ثلثها وللاخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان
الشفعة قضي بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثلاثا
بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها تملك منفعته وكل ما هو
كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمر ولنا انهم
تساووا في سبب الاستحقاق وهو اتصال الاثر بي انه لو انفرد واحد
منهم يستحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي فيه لان الحق لا يتبعض الحكم بتعدد دليله
فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا
فالتساوي ان اجاب بقوله ولكثرة الاتصال لتوفر بكثرة العلة لان الاتصال
بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح
انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرتها ولا قوة ههنا لظهور الاخر بي معا بلهذا
حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجحا لما استحق شيئا لان المرجح
يندفع في مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد يستلزم
الافراد فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا
انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند
انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا يستلزم

ن

ما لا يستلزم

ذلك

او اللتي لم يجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ماحن
فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لاتستلزم زيادة ولا لزوم
الترجيح بكثرة العلة وليسه تصحيح الاتي ان الشاهدين والاربعة سواء ولم
يستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع
في الابن علتان انضمت احديهما الى الاخري فاستلزمت الزيادة وانما ثبتت
باعتبار تفاوت عصوبته بحسب الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله وملك
ملك غير جواب عن قوله الشفعة من ثمرات الملك يعني ان التمكن من التملك
لايجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه
ولايعد ذلك من ثمرات ملكه وقوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعاء
واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضاء له بعضهم او بعده فان
كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عدد رؤسهم دون انصبايهم كما تقدم
بان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتفاع كان بالمزاحمة
وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غايبا يقضي لحاضر بين الحاضرين على
عدد رؤسهم لان الغايب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا
يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي لحاضر ثم حضر الاخر وطلبا يقضي له
بالنصف وان حضر ثالث فثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان
كان بعض بعد القضاء له بحجته فليس للاخر ان ياخذ الا النصف لان القاضي لما قضي
بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه
والمقضي عليه في قضية لايصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما اذا
استووا في سببها وبين مايكون بعضهم اقوي كالشريك مع الجار وكذا لو سلم
الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لم ياخذ القادم الا النصف وهو مسئلة
الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف
ما قبل القضاء قال والشفعة سببها العقد وليس كذلك لان سببها
الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو
الاتصال وهذا قول عامة المشايخ رحمهم الله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل
على الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع
بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقق ذلك
ورد بانه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الاتي
ان الابراء عن سايرالحقوق بعد وجود سببه الوجوب صحيح واجيب بان البيع
شروط والوجود المشروط قبله ورد بانه لاعتبار لوجود الشرط بعد تحقق
السبب في حق صحة التسليم كالزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل

الحلول

بالجميع

بتصحيح الشيخ محمد عبد الحي الفرنگي محلي

حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب والاكلام فيه وانما هو في
شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق المشروط غير خاف على احد قوله
والوجه فيه اي في هذا التاويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب المبايع عن
ملك الدار ورغبته عند امر خفي لايطلع عليه وله دليل ظاهر يعرف
وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك
شرط والبيع دليل على ذلك قام مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع
باقراره صح له انه باع وان كذبه المشتري ونقض عما اذا باع بشرط الخيار
له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب
بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبايع بخلاف الاقرار فانه بحمويه عن انقطاع
ملكه عنه بالكلية فحمل به كما تجده والحمية لاتدل على ذلك لان غرض الواهب
المكافاة ولهذا كان الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال
ويستقر الاشهاد للشفعة احوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك شرط
البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب ولابد
من طلب الواثبة الى من طلب الشفعة على المسارعة اضاف الطلب الى الواو
لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر حق ضعيف يبطل
بالاعراض قال صلى الله عليه وسلم كل العقار ان فيد فاشتبث وهو دليل
عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لابد من دليل يدل على انه اعراض عنه
اوجد وامر عليه والاشهاد والطلب يدلان عليه اي على الاعراض فلابد منهما
ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد والتملك اما
يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله
ويظهر فايدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت
اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصور الاولى يعني اذا مات
الشفيع لانه لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال
السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار
بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف بما غيرها وقوله ثم قوله
يجب بعقد البيع يعني قول القدوري رحمه الله باب
طلب الشفعة والخصومة فيها لما ثبتت الشفعة بدون الطلب شرع
في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر ايحتاج
الى البيان سوى الفاظ يبتنى عليها طلب المواثبة سمي بيتر كما يلفظ الحديث الشفعة
لمن واثبها اي طلبها على السرعة والمبادرة قوله وهو ان يطلبها كما علم اي من غير
توقف سواء كان عند اثنان اولم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله

نسخة ٢ الشفعة ص

ج

قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد
يعني ربما يحتاج الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات
الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط
وقد ذكر بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري رحمه الله
لو قيل لغيره وهي بيع الارض بجنب ارضك فقال شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا
ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت بالشفعة واخذتها بطلت شفعته لان
كلامه وقع كذبا في الابتدا فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انشا عرفا
ومنهم من قال لو قال الطلب واخذ بطل لانه عن تحقق والمختار ما ذكر المصنف
رحمه الله وقوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه اثنا في الحادي
في آخر فصل القضا بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد
باخوانه المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر
وقوله بخلاف المخير اذا اخبرت عند ابي حنيفة رحمه الله يعني ان
المراة اذا اخبرت ان زوجها خيرها في نفسها ثبت له الخيار عندكما كان المخبر
او غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكرنا انه ليس
فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المتاع
يعني المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب
الاشهاد بعد طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبايع
والدار اما اذا سمع الشراء بحضرة هولاء فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك
فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان طلب الاقرب من هذه الثلاثة وقصد
الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لانهما
مصر جعلته كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر والاخر الى مصر آخر او في
رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد يطلب قياسا واستحسانا ثم مدة هذا
الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احدهم لا حتى لو تمكن ولم يطلب
بطلت شفعته قوله ولا تسقط بتاخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث
وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه
اذا تركه بمرض او حبس او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته
وان طالت المدة قوله وما ذكر من الضرر جواب عن قول محمد رحمه الله يعني
ان الشفيع اذا كان غايبا لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا
فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا تبطل وهو غايب
لا تبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غايبا فعلم
بالشفعة فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير

الى المشتري او البايع

او البايع او الدار المبيعة بطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر
السير الى احد هذه الاشيا قبل ان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب
له الشفعة قال واذا قدر الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر
كيفية من بعد وكلامه ظاهر قوله لاختلاف اسباب فاعلم على مراتب كما قدم
فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو مجوز بغير او لا وربما علن ما ليس بسبب
كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان
قوله ثم دعواه قيل لم يعد بل لا بد وان يساله فيقول هل قبض المشتري المبيع
او لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البايع ثم يساله
عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حتى اخبرت به ليعلم
ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت
الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول
ابي حنيفة في عذر البطلان بالتاخير وقيل ثم يعود ذلك ساله عن طلب الاشهاد
فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاستقرار
فانه قال طلبته من غير تاخير ساله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب
اليه من غير فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف
بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل ان
يكون بيد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام
فقد نور دعواه فان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان
الشفيع مالك للذي ذكر مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه
فاذا نكل لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل
ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يساله الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر
فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف
المشتري على اندما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر
وهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه بزيد ما ذكر
في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال
وتجوز المنازعة في الشفعة وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف
رحمه الله وهذا ظاهر رواية الاصل وذكر بعض اصحابنا رواية الاصل انه لم يصح
في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار
الثمن لانه قال للمشتري ان تحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه او من ورثته
ان مات وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية

شبكة الألوكة www.alukah.net

المن عن ابي حنيفة رحمه الله لان التسليم قد يكون معلما يتوقف القضاء على
احضار حتى لا يشتري مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع
ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فتراخر بنفسه عن اختيار
فلا ينظر له بابطال ملك المشتري واما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع
واما المشتري ههنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار ليقال اضر بنفسه قبل وصول
الثمن اليه بل التسليم يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان
دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة
اذا ما بطل في دفع الثمن وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له قبل القضاء ولهذا لا يشترط
تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء ليتمكن المشتري
من المطالبة واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون
القضاء فداء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن
فيحبسه فيه فلو اراد ان الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته
لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع
وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان
اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا
عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعي عليه الا ان
الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيسمع البينة بحضرته منه
ويقضي بالشفعة على البائع وتحمل العهدة عليه وهذا جملة قضايا كثيرة ٥
اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع
لسماع البينة فلانهما شريكان في احد بدليه مع البائع وتفرد بالاخر واما ما اشتركا
فيه فهو ما ذكر بقوله لان الملك للمشتري والبد للبائع والقاضي يقضي بهما
للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار
قد قبضت فان حضور البائع اذا كان غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق
له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكر بقوله وهو ان البيع في حق ٥
المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ
البيع توهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو
لاجل الشفعة ونقضه يقضي الى اشغالها لكونها مبنية على البيع
بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق ٥
الاضافة لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا
كان ممتنعا فاتت الغرض من الشري وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان

الاسباب

وهو قوله بعت مجردا عن الاضافة الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه
لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيبطل لبقائه بتحويل الصفقة
الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع
البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان يتعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه
من ضرورتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهو
اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع
بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري
قد راه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري
اشتراها على ان البائع بري من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب ان العقد
يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما يتغير في حق المشتري بعارض وهو
في الشفيع وهو الدوبة وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع
موجبة للسلامة نظرا الى الاصل وقوله فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع
بالعهدة على البائع لانه بايع كما كان ولو كان العقد جديدا كانت على المشتري
بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذ الشفيع من يده حيث تكون العهدة
عليه لانه تم ملكه بالقبض قال ومن اشتري دارا الغير فهو خصم
المشتري اذا كان وكيلا فاما ان يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او كان
كان فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والعاقد تتوجه عليه حقوق العقد والاخذ
بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد
ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه تجري بينهما مبادلة حكمية على
ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل
وان قبل لو كان الوكيل بالشري كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل
جميعا شرطا في الخصومة فيما اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك ٥
في البائع والمشتري على ما تقدم لصاحب المصنف رحمه الله بقوله لان مع ذلك
قام مقام الموكل للزومه ثابتا عنه فيكتفي بحضوره والبائع ثمة ليس بنائب عن
المشتري فلا يكتفي بحضوره وكذلك اذا كان البائع وكيلا ظاهر وقوله اذا
كان البائع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا
فان كان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون
من النظر لانفسهم وقوله واذا قضي للشفيع بالدار الى آخره ظاهر وقد ذكرناه
ايضا فصل في الاختلاف لما ذكر مسايل الاتفاق بين الشفيع
والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسايل الاختلاف بينهما فيه قال

شبكة الألوكة www.alukah.net

وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة
البايع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري
استحقاق الدار بقبل الثمنين والمشتري يدعي عليه شيا لتجبر الشفيع بين الترك
والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول
للمشتري لانه ينكر ما يدعيه للشفيع من استحقاق الدار عليه عند نصف الاقل
والقول للمنكر مع يمينه ولا يحالف لانه لم يرد ثمة نص وهو في معنى المنصوص
عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف هي للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع اذا اختلف هو
والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فان البينة للبايع وكبينة الوكيل
بالشري مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري
من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد الماسور فانها للمشتري
لما في ذلك اثبات الزيادة ولهما انها اثباتان في بينة البينتين في حق الشفيع لجواز
تحقيق البيعين مرتين بالف واخرى بالفين على ما شهدوا عليه البينتان وفسخ
احدهما بالاخرى لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه
ولهذا ياخذ بايهما شا وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانهما يتواليان بينهما
عقدان لان الانفساخ الاول فلا يجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اثرهما اثباتا
لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو الترجيح لبينة الوكيل
لانه كالبايع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ
الاول فتعذر التوفيق على انها معنوعة على ما روي ابن سماعة عن محمد ان
البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان اي بحسبه ما يوجبه البينتان
فكان للموكل ان ياخذ بايهما شا واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير
ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولين سلمنا ان البينة
للمشتري فذاك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ
الاول وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسئلة حكاها محمد رحمه الله واخذ بها
وقوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار
بما ادا ادعاه الشفيع شيا واني والملزم منها اولى لانها وضعت للالزام
وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شي ولكنه مخير
بين ان ياخذ ويترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة
اخرى له حكاها ابو يوسف ولم ياخذ بها وعلى هذا وقعت التفرقة بينهما وبين
بينة البايع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحد منها ملزمة فلهذا صرنا
الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة

المشتري

كلمن

بينه

المشتري من العدو لانها غير ملزمة قال واذا ادعى المشتري ثمنا
وادعى البايع اقل منه اذا اختلف البايع والمشتري في الثمن فاما ان يكون
مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض غير ظاهر بيني غير معلوم للشفيع فان
كان غير مقبوض فاما ان يدعي البايع اقل او الاكثر فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال
البايع وكان ذلك خلاصا للمشتري ووجه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان
التمليك وجه اخر وانما كان التمليك على البايع باجابة لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع
شي لانه لو اقر بالبيع وانكر المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك
كان القول قوله وعلى كان ذلك القول قوله وان كان الاكثر وليس لهما بينة تحالفا
وترادا بالحديث المعروف وانما كذلك ظاهر ان الثمن ما يقوله الاخر فيأخذها
الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وفيأخذها الشفيع
بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء
لان القضاء نصب للنظر للمسلمين لا لابطال الحقوق هم وان كان مقبوضا اخذها بما قال
المشتري ان شاء لم يلتفت الى قول البايع لما ذكرنا في الكتاب وهو ظاهر وان كان
غير معلوم القبض فاما ان يقرا البايع بالقبض او لا فان كان الثاني ولم يذكر في الكتاب
فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان
المشتري يدعي الاكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقيما البينة او يتحالفا
الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت
احذها الشفيع يقول البايع اي بالالف لانه اذا ابدا بالاقرار بالبيع عقدا تعلقت
الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع
المتعلق بما قال من الثمن لا لان تحقق ذلك يبقي اجنبيا من العقد اذ لا بد
له ولا بد حينئذ يجب ان ياخذ ما يدعيه المشتري لما تقدم انفا ان الثمن
اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع ويرد عليه
قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله
ياخذ بما قال المشتري لان بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا
وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروي الحسن عن ابي حنيفة ان المبيع
اذا كان في يد البايع واقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك
يقع على البايع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لا يصير اجنبيا للحال ذا اليد
وان لم يكن مالكا فصل فيما يوخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام
المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يوخذ به المشفوع وهو
الثمن الذي يوديه الشفيع لان الثمن تابع قال واذا حط البايع عن المشتري

الثمن ح

حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان

لان في المراجحة ليس في التزام الزيادة ابطال مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة ابطال حق يثبت للشفيع بما قلناه وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لانحطاط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي فاذا حط بعد رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد فيلاقي خروج عن موضوعه وقد بينه في باب البيوع في فصل قبل الوضيعة وفي كلامه ظاهر قوله ومن اشترى دارا ببرض اي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله عيارا في المقدار الممكن فان كان لا مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة يعرف الحزر والظن وفيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان ياخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما تعرف بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان اخذ بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله وان باع عقارا بعقار ظاهر ووجهه ما تقدم وان باع بثمن يوجل الى اجل معلوم فللشفيع ان شاء اخذها بالثمن حالا وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة وليس له ان ياخذ بالحال بثمن موجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان الاجل وصف في الثمن كالرهانة والاخذ بالشفعة به اي بالثمن فياخذ باصله ووصفه كما في الربوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المشتري فلا اجل فيما بينهما وقوله وليس الرضى دليل اخر فنقول لا بد في الشفعة من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به حق المشتري ليس رضى في حق الشفيع للتفاوت بين الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم والتاء ليدل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البايع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر ووجهه ان وصف الشيء يقعد لا محالة وهذا ليس كذلك لان حق المشتري والثمن حق البايع وقوله وصار كما اذا اشترى شيأ ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ثبوت حق الشفعة لدفع ضرر الجوار الى قوله لان الشفعة لا تورث وان كان

لانه من ذوات القيم

في

في اواخر باب طلب الشفعة وقوله ان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل الى اخر يوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو باق على تحويل الصفقة كما هو المختار ولكن يقول ما كان يقتضي العقد والاجل يقتضي الشرط فيبقى كما يثبت الشرط في حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله والاجل يقتضي الشرط وقوله لقول ابي يوسف الاخر احتراز عن قوله الاول وهو الرواية الاخرى ان ابا يوسف كان يقول اولا كقولهما رجع وقال للمشتري ياخذها عند حلول والظاهر يطلبه في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل وثمن موجل في الحال وليتمكن من ذلك فلا بد من طلبه في الحال فسكوته لعذر لا يبطل لا عراضه عن الاخذ وجه قولهما وقوله والاصل ما ذكر في الكتاب وبه اغلاق وتقويم حق الشفعة يثبته في البيع اي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقدير هذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع ويشترط الطلب عند العلم واما الاخذ فيتراخى عن الطلب فيجوز ان يتاخر الى انقضاء الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود فيه للاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس للمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يودي الثمن حالا قال وان اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير واذا اشترى الذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا يورثه لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير عرف في المصنف رحمه الله بانا الخنزير ظاهر يعني للوند من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لما حكم الخنزير وهذا لا يشترط العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يبر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري بمثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر بمقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المنتهي بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر كما يمنع بالعقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل العقد وقد كان صحيحا وبقاء ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر فصل الاصل في المشفوع

بالبيع

تحامه

عين صح

الخيار

عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه او بفعل الغير عارض فكان
حدوثا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع
بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشتري به المشتري وقيمة
البناء والغرس وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو له ان
يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رحمه الله انه محق في البناء لانه بناء على انه ملكه
والمحق في الشفعة لا يكلف قلعه واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب
ان يكلفه القلع ويرجع في الارض وفي المشتري شراء فاسدا اذا بنى والمشتري
اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اي ما قلنا انه لا يكلف
الآن في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من
غير عوض يقابله تحمل الزيادة في وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجود ما
يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه وجه ظاهر الرواية انه المشتري بنى في
محل تعلق به حق متاكد للغير حيث لا يتمكن على استقاطه جبرا من غير تسليط من
جهة من له الحق وكل من بنى في ذلك نقض بناء كالراهن اذا بنى في المرهون وقوله
من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد
فان بناء حصل بتسليط الواهب والبايع وهذا اي نقض البناء لحق الشفيع لان حقه
اقوى من حق المشتري ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه
اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وعين من
تصرفاته كما جاز ته وصلحه مسجدا ومقبرة فكذا ينقض تصرفاته بناء وغرسا بخلاف
الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته
فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة
لان عند هما يسترد البايع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في الشراء انما هو له
وما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية قوله ولان
حق الاسترداد معطوف على قوله لانه محل فيهما اي في الهبة والبيع الفاسد
ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم
تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي وقيل فيه نظر لان حق الاسترداد بعد
البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لاستحالة بقائه لا يصح والجواب
انه على غير ظاهر الرواية او انه لما كان ثابتا بدليل ظاهر اعتبر بخلافه وقوله
فلا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى
لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري ان بنى او غرس
ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البايع دون المستحق فكذلك
ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب

عن

عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع على الضررين لان قوله وهذا لانه حقه اقوى
من حق المشتري يتضمن ذلك لان الترجيح يتضمن اهل الضررين بالاهون انما يكون بعد
المساواة في اصل الحق والا فمساواة لان حق الشفيع مقدم ومطلوب بالدليل بين بناء
المشتري في الدار المشفوعة وصبغه باثبالين فان الشفيع بالخيارين ان شاء اخذها
ويعطي ما زاد بناؤه بالصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق
فالفرق ان النقض لا يتقرر به المشتري كثيرا لسلامة النقض له بخلاف الصبغ
وقوله وان اخذ بالقيمة معطوف على قوله ردد على عليه البحيرمي وتقرير الشفيع
بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذ بالقيمة فان كلفه ذلك وان اخذ بالقيمة
يعتبر قيمته مقلوعا كما بينا في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت
الارض ورجع بالثمن لا يجبر اخذ من البايع او المشتري لانه بين ان اخذ كان تغيير
حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه تملك على المشتري فنزل
منزلة البايع او المشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن
وبقيمة البناء والغرس فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكرنا ان
المشتري مغرور وسلط على البناء والغرس من جهة البايع ولا تسليط في حق الشفيع
من المشتري لانه مجبور عليه قال ـــــ واذا انهدمت الدار كلها حتى
فيه يرشد الى ان في قوله من قال انهم بنوا انما زعموا ان البناء اذا احترق وليس فيه
شيء من الثمن عن الشفيع واذا عرف بعض الارض حصته من الثمن فكانهم اعتبروا
فضل المادون النار تقسيطا لقلة النامل فان منشا الفرق لبين فضل الماء وانما زعموا
ان البناء اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا عرف بعض الارض سقط
حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فضل المادون النار تقسيطا لقلة النامل فان منشا
الفرق لبعض فضل الماء وانما منشا وان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا
فاته من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض اخر فلا بد من اسقاط
حصة ما عرف من الثمن وان تنقص المشتري البناء فالشفيع ان شاء اخذ العرصة بحصتها
من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وقد مر في
البيوع وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مقصودا فلم يبق بناء فبقي مستحقا ولا
شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضا ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني مثل
الابواب والشورة المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة
اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع للولد حتى لو رد ملك المشتري
كالام وقوله في الفصلين يريد به ما اذا كان في المحل ثمرة وقت الشراء حتى
المشتري وما اذا لم يكن ثم جذ ثم جا الشفيع باتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان الشفعة
كانت به وقد زالت وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري والله اعلم

ثم اعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة ثابتة في العقار وهو ماله اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي مما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يوجد بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا يوجد الضياع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والمرابع الدار والحايط والبستان واصله ما احاط به والخشب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق الخ بيان ان استحقاق الشفعة بالملوبسبب الجوار لبسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له الجوار لا بسبب طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي فيهما سواء وقال ابن ابي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحق من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا ان العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا فان كان غير المولى فللعبد الماذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فلا ذلك والا فلا وعند الشافعي الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد الماذون المديون من المولى جايز دون عين قال واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار بشرط ان يتملك بمال لان مراعاة شرط الشفع وهو التملك مثل ما يملك المشتري صونا في دوات الامثال او قيمة في دوات القيم على ما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع واجبه وهي انما يكون اذا كان العوض مالا فان الشفع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء السبب اخر ولهذا لا تجب في الهبة بشرط العوض لانه لو اخذ بعوض وكان سببا غير السبب الذي يملك به التملك وعلى هذا الشفعة في الدار يتزوج عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او يصالح بها من دم عمدا او يعفو عنها اي عن عبد او حانوت او يصالح بها من دم العمد ويعفو عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما يملك به وكان تفريع هذه المسايل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الى اخره كما بيناه لكنه استند لعلته بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الى اخره استدلالا وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عندنا فامكن الاخذ بقيمتها وهو مر

المثل

المثل واجر المثل في التزوج والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق وان تعذر الاخذ بالمثل كما في البيع بالمرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي رحمه الله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما لا يقبل ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة فيها عندنا لانه جيء لا يرى الشفعة الجوار ولا فيما لا يتبل القسمة كالحمام وكحن نقول بجواز عن حيله هذه الاعراض شقوية وتقديره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مثليا او متقوما والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله ولذا الدور والعقار غير متقوم اما افرد بالذكر ان تقويمها بعد ليسا بالين فصلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما تقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بتعيقها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا تحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط والدار ليست احق الاستيفاء وليست من جنس ما يتمول به ويدخر وقوله وعلى هذا البيان ان العرض عند العقد يعتبر سواء في كونها مثليا لا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالشفعة فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان المبيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في اسقاط لا يفضي الى المنازعة والمفسد ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان يرد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شيء منها وقالا يجب في حصة الالف تقسم قيمة الدار على مهر المثل والف درهم لانه مبادلة فما يقابله في حصة الالف ما يخص الالف وابو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ويفسد بشرط النكاح فيه ولو كان المبيع اصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني بنتك وقوله وان الشفعة دليل اخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية واما ان تكون هي المقصود فممنوع ووجهه ان كونها مقصودة لا بد منه الا ترى ان المضارب اذا كان راس المال الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالفين دارا في حوار رب المال ثم باعها بالفين فان لرب المال ان يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح بيع لراس المال وليس في مقابلة راس ماله الشفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو البيع قال او يصالح عنها بانكار عطف القول على قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعفو عليها عبدا من الصور التي يجب بها الشفعة وليس بصحيح يقف عليها كما وقع في نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حصته ويفيد بذلك لانه اذا كان من جنسه

شبكة الألوكة www.alukah.net

كان اخذ احقه بلا عوض فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اذا لا بد ان يكون العوض مشروطا في العقد ولا بد من القبض فاذا وهب دارا لرجل على ان يهب له الاخر الف درهم فللشفيع ان يشفع ما لم يتقابضا فلا بد ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قرناه في كتاب الهبة بشروط تقرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا باع العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا لان كل واحد منهما صفقة منقطعة عن العوض الا ان يجب سترها فانتفى الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد فلا يمنع تمام ملكه كما لو باع ولي وان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب قوله وان اشترى بشرط ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله من قبل وجب بعقد البيع الى آخر قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملكه الى آخر قوله واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار ويجبر المشتري على الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دونه الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البائع والمشتري فلا احق بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه قرر ملكه واقدام البائع على تقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بذوائدها المتصلة انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما ذكر البلخي من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك البيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله اوضحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير واضحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال واضحة كانت في حق السوال كذلك لان الجواب يتضمن السوال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب مجونا ان تكون واضحة في كفاية المنتهي ولو كان الخيار للعالم يثبت الشفعة لاجل خيار البائع لاجل خيار المشتري قوله واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرق البائع قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله

ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان يأخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانه امر ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن اتبع دارا شراها فاسدا الى آخره ظاهره في قوله ومن اتبع دارا تلوح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه المخيار والثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار ريثبت البيع في حقه بلا عقد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد البيع انما يثبت لمعنى يرجع الى العوض اما بالشرط في حقه او الفساد في نفسه لجهل الخمر مثلا فلو اسقطنا العوض لعدنا فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يكون فعكسه البيع الفاسد عن مفسد فانما البيع الصحيح فيملك وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يتبادر احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري فلم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري ذلك صار راضيا بالبيع تصرفا حيث تعلق تصرفه بالفسخ والاجارة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا باعتا دارا بجنبها وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيها لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم ان له ذلك بل هو سهو وقد يترتب على المحظور من الاحكام كما لو طلق في حالة الحيض فانه يحل للمرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور ببعضه من الشرع ممتنع وفي شرح الشفعة في البيع الفاسد ذكر والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع واري ان قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات الشفعة تقريره له كان كافيا ورود الخيار للمشتري كان يدفع بقوله لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد ولكنه الى السوال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك ملكا غير محظور او على

شبكة الألوكة www.alukah.net

من صار احق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكا فهو احق بالتعرف
والمشتري شراء فاسدا ليس منها فان مسقط الشفعة بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس
عند ابي حنيفة وبالمبيع لا من احد بالاتفاق وجب الشفعة لزوال الملك والمانع وان
بيعت دارا بجنبها وهي في يد البايع بعد فللبايع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها
الى المشتري فهو اي المشتري شفيع لان الملك له لا بتاله في ذلك تقرير
الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة متمكن من نقض الشراء شرا
بقوله المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض الشراء شرا
فاسدا مع عدم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما قدمناه لو بنت
الشفعة ثم لا ينقل الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك
تقرير فلا يجوز فان قيل الملك وان كان المشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة
لكن المانع متحقق وهو ثبوت حق البايع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة لكن المانع
وهو المشتراة شرا فاسدا فان بذلك منع الشفعة عن اخذ المشتري بالشراء
الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة لقيام حق
المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دارا
بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لمجرد تعلق حق البايع في
الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تملك المشتري
من فسخ ما اشتراه بشرا فاسدا ثم ان سلم البايع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى
المشتري قبل الحكم بالشفعة للبايع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها به
كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعد لان بتاما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع
بعد الحكم بها بيع بشرط وان استردها الى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري
قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم
بها ولا تثبت الشفعة للبايع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وانما استردها
بعد الحكم بفيت الثانية لما بينا ان بتاملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
بيع بشرط قال ... واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجار هم بالقسمة
لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا
في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت للقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر
واذا اشتري دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او خيار
شرط او بعيب بقضاء قاض فللشفيع الشفعة لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه
ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالتقايل البيع وعدمه واما اذا كان الاول
فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتملك من الرد بغير رضا صاحبه او قضاء القاضي
وان كان الثاني وهو مراد القدوري فيها الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون

وهو لا يمنع من الشفعة

قوله

قوله ومراده اي ومراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد
القبض وفيه نظر لانه تناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
وانما ذكر رواية الجامع الصغير ليبان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما رواية
الكسر فمنها ما لا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ في الاصل
واما رواية الفتح فقد اسندها الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ومعناها
لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متملك من طلب القسمة
في ساعته لم يكن في الردفايدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام وشمس الائمة
الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضيخان في
شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت الارض مكيلا او موزونا من
جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لانه نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون
غير ما وقع في الاول ومثله لا فايدة فيه فاما اذا كانت عقارا او غيرها كانهما اذا
اقتسموا ثانيا ردما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله اعلم

باب ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل به

لما فرغ عن الثبوت مما يحتاج الى بيان وجوده اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح
ويصح بعد العلم بالشفيع بوجوب الشفعة لو علم بالبيع وعلم من اسقط اليه هذا الحق ولم يعلم
لانه تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق بعد
وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك
الشفيع الاشهاد حين طلب بعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما
صرنا بذلك ليلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط
في شيء لا يبطله ويعضد قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه
ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا اعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه
بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة فالاعراض
يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته
وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان
صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق
الشفعة ليس بحق يتقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل
لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا تعلق الجايز
من الشرط يعني الشرط الملايم وهو ان تعلق اسقاطه بشروط ليس فيه ذكر المال مثل
قول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد
وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملايم وغير الملايم ما كان فيه توقع الانتفاع
بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتوليه ونحوها فهو ملايم لان الاخذ بالشفعة

يستلزمه فلم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعواض عن الاخذ
واذا يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لايقال لم يثبت فساد
هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال له
وقوله على عوض شائع الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة
لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على احد نصفي الدار بنصف الثمن وفيه
الصلح جائز لتعذر الاعواض والثاني ان يصالحه على احد بيتين بعينه من الدار بحصته
من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لعقد الاعواض قوله
وكذا الرباع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة كحق القصاص والطلاق
والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص
لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغير المتقرر ما يتقرر بالصلح عما كان قبله فهو
متقرر وغير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل
كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في ذمته فكان حقا
متقررا فاما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد
فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملكه في المحل
وتخيير اذا قال الزوج للمخيرة اختاري بالف او قال العنين لامرأته
اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ
سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مال لم يسلم قبل اختيارها وبعد على وجه واحد
فكان اخذ العوض اكلا لمال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي
في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة
والكفالة والصلح من رواية ابي حفص الكبير وعليه الفتوى ووجهه ان حق
الكفيل في الطلب وهو فضل فلا يعتبر الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من
رواية ابي سليمان لا تبطل الكفالة ويجب المال والفرق بينها وبين الشفعة
ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما
يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد
العلم وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة
ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ويجب المال وقيل هي اي هذه الرواية
المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح
على مال وقد عرف في موضعه اي في المبسوط قال فاذا مات الشفيع بطلت
شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واتيها مطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون
موته قبل القضاء بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت
شفعته ليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي الاول للثاني

تابعي

بنا على اصله ان الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان
الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد
زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه
وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو زاله باختياره بان باع سقط
وهذا بخلاف الاختلاف في خيار الشرط فان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين
الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق وهو اتباع الدار
دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع
لان حق الشفيع مقدم على المشتري كما تقدم وكما لو كان مفلسا على حق من ثبت حقه
بعينه ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي ووفى في دين الميت فللشفيع
ان ينقضه كما لو باع المشتري في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض بنقضه لانه قضاء
منه بخلاف الاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون ناقدا واذا
باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان
الامر لمطلق شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي لان
زوال السبب مبطل يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشرا المشفوعة
لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كالاذن صريحا او ابرأ عن الدين
ولا يقال ان له دينا وطولب بالقرن بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة
من المشتري او استاجرها منه فان علم بالشري سقطت والا فلا واجيب بان
المساومة والاجارة لم توضعا للتسليم وانما تسقط بها لدلالتها على رضى الشفيع والرضى
بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم
يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم واجيب بان بقاء ما يشفع شرط
له الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط وكان كالموضوع
له في قوله الا ان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال
فبقي الاتصال قال ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر الاصل
وهو ان من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا باع
المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى لوكيل
المشتري او اشتري له كالموكل بالشري فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان الاول
سعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لانه احق بالشفعة
كالشراء في لو نفا رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي
لوكيل البايع لو ضمن المشتري الدرك جلا عن البايع وهو الشفيع فلا شفعة له لان قائم
البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا
في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع واشترط الخيار لغيره الى ان اذا بلغ الشفيع

انما بيعته بالف فسلم الشفعة ثم علم انما بيعت بالف وخمسمائة او بنقصان فحينئذ
الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه اذا سلم استكثارا للثمن
المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك تبطل تسليمه قال في النهاية كما لو سلمت ان كان
الثمن الفا او اذا به تسلم مشروطا بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتي خلافه اذا
ظهر اكثر من الف فانه مستكثر الفا اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما
في الثاني فلانه وما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه ويتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف
قال في النهاية تعليلا بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشترى
من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا ويكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم
اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى وكذا كل مكيل
اوموزون اوعددي متفاوت لكونه معتبر الجهل بخلاف ما اذا علم انما بيعت بعوض
قيمته الف درهم او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل بيعت
بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمتها اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهرا انها
بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا
حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود وهو التسمية ومبادلة احدهما بالاخر
متيسر عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان قد سلم الشفعة لم تبن انه عين له
فله الشفعة لتفاوت الجوار فلا يرضى بجوار شخص بعينه لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد
رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك
وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وضع هذا
التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك
الا بعد وجوده وهذا كما ترى ساقط قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه
بالمجازمن الشرط فالفاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية احترازعما روي عن ابي
يوسف على عكس هذا انه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دفعة او قد يكون حاجته الى
النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع فصل الحكايات الشفعة تسقط في
بعض الاحوال اعلم تلك الاحوال في هذا الفصل احتمال ان يكون الجار فاسقا يأذى به
وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاصغ الى
بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله الا ان
المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول
واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل القضاء
للوند في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله فان اراد الحيلة هذه حيلة يرجع
الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله
الا اذا استحقت المشفوعة استثنا من قوله وهذا احرى يعني ان الحيلة عاملة

انه

الا انه فيها

الا انه فيها وهم وقوع الضرر على البايع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه
يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اي يرجوع مشتري
الدار عليه بكل الثمن الذي هو اصنعا في قيمة الدار وقوله والاوجه الى اخر
تعرض اذا اداه ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم فيبيعها بعشرين الفا فلا يرغب
في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا
وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف
كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البايع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل
الصرف وقوله ولا تكن الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان تكون للدفع بعد
الوجوب او لدفعه قبله لا سبيل الى الاول لان يقول المشتري للشفيع انا اوليتك لك فلا حاجة لك
في الاخذ فيقول لم تسقط بذلك شفعتي وهو مكروه بالاجماع والثاني يختلف فيه قال
بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر وهذا
القايل قاس فصل الشفعة على فصل الزوج ومنهم من قال لا تكره الحيلة يمنع وجوب
الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزوج مسايل متفرقة ذكر مسايل متفرقة
في اخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسايل الشفعة
الا هذه والفاظه ظاهرة سوى ما نبه عليه قوله فيتضرر به اي بتفريق الصفقة
المشفوعة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة
شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زايدا وقوله
ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشتريين بينهما اذا كان قبل قبض
المشتري الدار وبعد وقوله هو الصحيح احترازعما رواه الغدواري قال روي عنهم
ان المشتري اذا كان اثنين فليس للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما قبل القبض
لان التملك يقع على البايع فتتفرق عليه الصفقة وله ان يأخذ نصيب احدهم
بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله
بمنزلة اخذ المشتريين يعني ان اخذ المشتريين اذا نقدا ما عليه من الثمن ليس له
ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن ليلا يلزم تفريق
اليد على البايع وقوله لان العين في هذا التفريق بالصفقة لان الثمن حتى لو تفرقت
الصفقة من الابتدا فيما اذا كان المشتري واحدا والبايع اثنين واشترى نصيب
كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري
ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك واما بيان تفريق
الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مشفوعة
فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يترك وليس له ان ينقض
القسمة بان يقول للمشتري ادفع لي البايع حتى اخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغير

ثم قبض تسعة آلاف
وخمسمائة وقبض الباقي
عشرة دنانير مثلا فلو اراد
الشفيع ان يأخذها اخذها
بعشرين الفا صح

في الكتاب

فقد اخذ الملك هنا ضرر
ضرر التشقيص

شبكة الألوكة www.alukah.net

لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تملك الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة
بالقسمة والتسليم لا ينقض القبض ليعيد الدار الى البايع وان كان له فيه نفع ليعود
العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه
من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع ان ينقض
لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام
القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك وكان مبادلة وللشفيع ان ينقض
المبادلة كالبيع وعين فان التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع
الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل على ان الشفيع
ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف رحمه
الله والذي ظاهر قال وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا ان الجد والصغير في
استحقاق الشفعة كالكبير لاستوايهم في سببه فيقوم بالطلب والاحد من يقوم مقامه
شرعا في استحقاق حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جد ابو ابيه ثم وصيهم ثم الوصي الذي
نصبه القاضي فان لم يكن احد هؤلاء فصومي شفعته اذا بلغ قال المشايخ وفي هذا
الخلاف تسليم الوكيل لطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة رح
اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل يطلبها قايم مقام الموكل في الخصومة ومحل المجلس
القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي عين للوكيل ثابتا عن الموكل مطلقا وعند محمد ورفر
لا يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا مع ابي حنيفة في جواز
تسلم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف ولمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكه
ابطاله كدينه وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول بناسب ما قرن به وهو قوله
وقوده والثاني بناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الدين والعفو عن
القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة
وابي يوسف انه في معنى التجارة لانه ملك العين فيملكه بوضعه انه لو اخذها
الولي بالشفعة ثم باعها من بايعه جاز فكذا اذا سلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه
العهدة بخلاف البيع منه ووضعه بقوله الاتي وهو واضح وقوله ولانه دليل
آخر يتضمن الجواب عن الدية والعقود لان النظر في هذا قد يكون في ترك ليبقى الثمن
على ملكه بخلاف الدية والعقود فان تركها ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله
وسكوتها كابطالها لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اردفه بقوله وسكوتها
كابطالها لكونه دليلا على الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها او باقل يسير من مثل
قيمتها اذا بيعت بالتراضي فاحش فيملك التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف
لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك
التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة لتبرع

فمن

فمن ابي حنيفة لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما
لم يريا تسليمها اذا بيعت بمثل القيمة فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة لتبرع اولى وانما خص
قول ابي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة
ولهما ولاية الاسقاط عن التجارة في مال الصغير ولكن قالا لا يصح التسليم في هذا لان
نصرفها في ماله انما يكون بالذي هو احسن وليس تركها هنا كذلك ولهذا المعنى ابقيا
خص قول ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة
التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها كتاب القسمة
او رد القسمة عيب الشفعة لان كلا منهما من نتاج النصيب الشايع فان احد
الشريكين اذا اراد الافراز مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع وجب عند
الشفعة وقدم الشفعة لان بقاءها كان على ما كان اصل وهي في اللغة اسم للانضمام
كالقدرة للاقتدار وفي الشريعة جمع النصيب الشايع في مكان معين وسببها طلب احد
الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص ولذلك ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين
كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في
المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة القسمة ولهذا لا تقسم الحايط والحمام
ونحوهما وهي مشروعة في الاصل ان المشتركة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها
في الغنايم والمواريث وغيرذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تجري عن معنى
المبادلة سواء كانت ذوات امثال او غير ذوات الامثال لان ما يجمع احدهما كان بعضه
له وبعضه لصاحبه فهو باخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت
القسمة مبادلة وافراز والمعنى من الافراز هو ان يقبضه يعني حقه والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من
نصيبه مثل ما ترك لصاحبه فاخذ مثل الحق بعين فاخذ بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ
المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض كذلك بمنزلة المعاوضة وكان
الافراز منها ظاهرا بالمحالة ولهذا كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو
اشتريا واقتسما جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه
عند غيبة الآخر ولو اشتريا فاقتسما لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة
وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه بعين فلم يكن بمنزلة
اخذ العين حكما ولما استشعروا ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض لما اجبر الابي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس
واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتفاوت
المقاصد لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانهما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان

فان الديون يجبر على القضاء والديون يقضى بمثلها فصار مايودي بدلا عما في ذمته
وهذا جبر في المبادلة فصار وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه اولي وهذا لان احدهم
يطلب القسمة بسبب القاضي ان تخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه
فيجب علي اجابته فكان القصد الي الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره
وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لانجبر القاضي الابي على قسمة التعديل
المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة
في مختلف الجنس مبادلة كالتجار شرط بالنص قال — وينبغي للقاضي ان ينصب
قاسما عالما واضحا لما ينبه عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه لا يصل
اليه اجر عمله على كل حال لان يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه
ويأخذ على ذلك من القاسمين اجرا لكن الاولى ان لا ياخذ وهذا لان القسمة ليست
بقضاء على الحقيقة حتى يفترض على القاضي مباشرتها واما الذي يفترض عليه جبر
الابي على القسمة لان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستتبع دعوى ولاية القاضي فان
الاجنبي لا يقدر على الجبر من حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها
تشبه القضاء ليستحب ان لا ياخذ وقوله عدلا ماموناً ذكر الامانة بعد العدالة لان
وان كانت من لوازمها الجواز ان يكون غير ظاهر الامانة قوله ولو اصطلحوا
فاقتسموا بينهم لم يرفعوا الامر الى الحاكم لما اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فصار جائزا
لما ان في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله
كاجرة الكيال والوزان وخفر البيدر المشترك يعني اذا استاجروا الجمال
ليحمل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجر على قدر الاقفزة وكذلك الوزان والحافر
وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت تحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر
بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لا استعانة في ذلك بارباب الملك
استوجب كل الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجر في مقابلة القسمة وربما يفضي
الحساب بالنظر الى القليل الى ان الحساب يدق بتفاوت حتى الى الاقفزة ويزداد دقة قلة
الاقفزة فلما لم يتميز بسبب صاحب القليل ليس ويجوز ان يتيسر عليه تمييز نصيب صاحبه
الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف
خفر البيدر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم يكن للقسمة بال
اشترى مكيالا وموزونا واستاجر انسانا يكيل ليصير الكيل معلوما والقدر فالاجر يقدر
الاقفزة وهو العدد لا الحنطة وقوله لا ينفصل بيني لو اطلق ابو حنيفة في الجواب وقال اجرة
الكيال يقدر على العدد سواء كان الكيل للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله
في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب والاجر يقدر العمل بخلاف القسام فانه قد
يعكس كما تقدم وقوله ولا ينفصل تاكيد وبيان وقوله وعند ابي حنيفة ان

الاجر

ان الامر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه وسقوط الممتنع قال واذا حضر الشركاء
عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او عينا فان كان
عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوا او اشتروا او سكنوا عن كيفية الانتقال اليهم
فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند
ابي حنيفة وقالا يقسمه باقرارهم وان كان الثاني يقسمه بينهم بالاتفاق وان كان
الثالث قسمه بينهم على ما ذكروا وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في
قولهم جميعا اما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه
او لمنازعة المدعي في دعواه والشبهة في الملك بتحقق لان البد دليل الملك والاقرار امارة
الصدق والغرض عدم المنازع فيقسم بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى
وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر هنا فلا يفيد الا انه يذكر
في الكتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باقرارهم ليلا يكون حكما
متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذا الترلة قبل القسمة
متعلقة به على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه بها ويقضي ديونه منها وعند
هذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيها
بقدر الثلث كما لو اوصى بها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل
ان الترلة مقامة على ملك الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة او بينتهم
واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو عند جواب عن قولهما
فلا يفيد ذلك ان بعض الورثة ينتصب خصما بان يحمل احد الحاضرين مدعيا
والاخر مدعى عليه فان قبل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر بها يصلح خصما للمدعي
عليه اجاب بقوله ولا يمتنع اي كونه خصما بسبب اقرار لجواز اجتماع الاقرار
مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه انما يقضي عليهما بالبينة
بدين الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين
في حقهم وغيرهم لانه ربما يكون للميت غرم دين ظاهر دين المقر له باقرار
الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم
ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة وقوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما
كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة نظرا الى آخره
والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله
مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة فانه لا يصير مضمونا
على من وقع في يده وعندهما بخلاف جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية
وقد روي عن ابي حنيفة في غير الاصول ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء
والميراث وجه الظاهر ما ذكر في الكتاب ان المبيع عند العقد لا يبقى على ملك البائع

وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث
المدعو ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله هذا يعني القسمة فيما بينهم من غير
اقامة البينة رواية كتاب القسمة واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم
حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهم لما اخذوا بالسبب
احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشتركا فيكون ملكا لهما الا ان الاصل
ان تكون الاملاك في يد ملاكها فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وعندهما
يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة في هذا اولى وقيل قول الكل وهو الاصح
لان القسمة نوعان قسمة حق الملك لتكميل المنفعة وقسمة حق اليد لاجل الحفظ
والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه بين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام
الملك والملك بدون البينة فامتنع الجواز قال وان حضر ورثتان واقاما
البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في يديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي
بطلب الحاضرين ونصب للغايب وكيلا يقبض نصيبه قبل قوله في يديهم ومعهم وارث
غايب وقع سهوا من الناسخ والصحيح في يديهما لانهما لو كانت في يد بعضهم
في يد الغايب صورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث
الغايب او شيء منه لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع وارادا المثنى بقرينة قوله وارثان
واقاما لانه تقابلهما ولانه لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه
لان فيه نظر للغايب والصبي لظهور يديهما بما في يد الغير ولا بد من اقامة البينة
في هذه الصورة يعني فيما اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة كما اذا كان معهما
غايب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد بقوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة
حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقت صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا
مشتركين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما
وهو واضح قوله لتصير معروضا للبيع شراء الورثة صورته اشتري المورث جارية وماتا
واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقسمة ويرجع الوارث بها على
البايع كالمورث وقوله لا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها
يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه وقوله كما اطلق في الكتاب
يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر
في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير والغايب لم يقسمها بالقرار
الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير
باخراج شيء مما كان في يد كل واحد منهما وان حضر ورثة واحدهم يقسم وان اقام البينة لانه
لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما فالحاضر ان كان خصما
عن نفسه فليس ثم خصم عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فاثنة من

عن يده

مخاصم

مخاصم عن نفسه يتخصم ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي
واضح فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما توقف مسايل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم
بينهما قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركاء
القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم ولا ينتفع منهم احد فان كان الاول قسم
القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم بما يحتملها عند طلب احدهم
على ما بيناه يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب
احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتعارب المقاصد والمبادلة فتجري فيه
الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب
صاحب القليل لم يقسم لما ذكر من الفرق في الكتاب وذكر الخصاف على قلب هذا وهو
ان يطلب صاحب القليل ويابى صاحب الكثير ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره
انهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه المدرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول
دليل احد الجانبين ودليل قول الخصاف دليل الجانب الاخر والاصح هو المذكور في
الكتاب اي في القدوري وهو الاولى لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزمه
القاضي شيئا واما الملزم طلبه الاضافة من القاضي وايصاله الى منفعته وذلك لا يوجد
عند طلب صاحب القليل وان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا تتضرر
كل منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر انما ورد
لتعريف بشاء على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وبجوز بتراضيهما لان
الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتبرها الظاهر ويقسم العروض اذا كانت
من صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لان في حق التراضي يشترط
اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل
بالمنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين ولانقطاع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة وسببها التراضي دون جبر القاضي قوله ويقسم القاضي الكيل
والموزون ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبعير يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة
جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم
الشاة بينهم جميعا على ما يستحق منها وكذلك في البعير وغيره والاولى التخذ من
اصل واحد كالاجانة والتخم والطشت المتخذ من ضرب واحد مختلفة الجنس لا يقسمها
القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذ من القطن والكتان والثياب اذا اختلفت
بالصفة كالقباء والجبة والقميص وتقسم الثياب المروية لاتحاد الصنف ولا تقسم
ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله
القاضي مع كراهة بعض الشركاء ان رضيا بذلك قسمه بينهما ولا تبين اذا اختلف
قيمتها لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسببها التراضي وجد المعاوضة

يستضرر

ان العدل بينهما لا يكون الا بزيادة دراهم مع الاكرس والدراهم لم تكن مشتركة
فيرد عليها القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلاثة اثواب اذ جعل ثوب ثوبين يعني اذا
كانت قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابى الاخر يقسم
القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبين ولذا ان استقام ان يجعل احد
القسمين ثوبا ورقع ثوب والاخر ثوبا وثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك
الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض
وذلك جايز لانه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو يتيسر ذلك في الكل قسم
الكل عند طلب بعض الشركا كذلك في البعض وما لم معاوضة تحتاج الى التراضي وقال
ابو حنيفة لا يقسم الدقيق والجواهر لتفاوته اذا كان بين اثنين فطلب احدهما
القسمة فلا يخلوا اما ان يكون مع الرقيق شي اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب
او لا يكون فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند
ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تبعا له في
القسمة وقد ثبت الحكم للشي تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات
في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم الا بتراضيهما وانه كانوا ذكورا
او اناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال
صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة
ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من
العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك فنفي
جمع نصيب كل واحد فانه سائر الحيوانات فلم يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف
الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من
بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما
ورقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها
وهما يتعلق بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار
كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك اجيب بان القسمة تحتاج الى الاقرار ولا
يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه قوله واما الجواهر الى آخره
واضح ولا تقسم حمام ولا بير ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة
انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به
انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبير والرحى ضررهما او احدهما فلا يقسم
الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي يقسم عند الضرر لانه ينصب متلفا
لكن لو قسم لم ينعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا اشار الى ما ذكر في
اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغر لم يقسم الا بتراضيهما

قوله

قوله واذا كانت دور مشتركة هنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل الدور
ثلاثة كانت او متفرقة لا تقسم عند قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت
تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكني والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة فكالدور
بعضها ببعض فتقسم قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها
في اداناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت
في معنى السكني ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور وهي تشبه البيوت
من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت منازل قد تقسم قسمة
واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت
في محلة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يتوليان بنظر القاضي
الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من
كتاب البيوع قوله وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوت الى آخر واضح الا ما ذكره
انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم يذكر في كتاب محمد ولا ذكرها
الطحاوي ولا الكرخي وقوله ان اجاز منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت
لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله وبني حرمة الربوا هنالك
اي في اجارات الاصل على شبه المجانسة يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت
مختلفة ورواية واحدة تحتمل حرمة الربوا هنالك على شبهة التي تشبه من منافع
الدار والحانوت لاتحاد اصل السكني المقصود منها واستشكل كلامه هذا لانه
يودي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبالغة الشي
بجنسه لشبهة وبالجنس يحرم السباعد نا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا
اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة
دون الاول عنها وقد قال شمس الايمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان
او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد
بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يتولد بشبهة
المجانسة ووجه آخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث
الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكني
فيتمنع الاحتيال لشبهة الربوا فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم
وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز اصل القسمة
الذي هو الموصوف قال ويبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم
في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغذ ان دارا نصيبه كذا ودارا
نصيبه كذا ليمكنه حفظه اذا اراد رفع تلك الكاغذ الى القاضي ليتولى الاقراع
بينهم بنفسه ويعدله يعني يسوي به على سهام القسمة ويروى بعده اي يقطعه

بالقسمة عن عين ويذرعه ليعرف قدره ويقوم الساحة اليه في الآخر اذا البناء
يقسم على حد فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويقوم كل نصيب عند
الباني بطريقة وشرية ان امكن ذلك ليقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم تلقب نصيبا
بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان يقرع السهام ويكتب اسامیهم وتخرج القرعة
فمن خرج اسمه اولا الى حد قال الامام حميد الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم
سدسها وللآخر ثلثها يجعلان استة اسهم وتلقب الجزء الاول بالسهم والذي يليه بالثاني والثالث
على هذا ويكتب اسامیهم ويجعلان قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول
فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول
والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه قوله وقوله
في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب قلوب الشركاء جواب الاستحسان والقياس ان لا
لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجز عليها وانا استعملناها في
دعوى السبب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناها ههنا بالمعاملة الظاهرة
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى
القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان
القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما
الا انه رعا يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه
وذلك جائز الا ترى ان زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم
مريم الى نفسه مع غلبة الكون فوقها الكون خالتها عندن تطييبا لقلوبهم قال
ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار طلبوا قسمته وفي احدى الجانبين
فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم واحرم يرضى بذلك لم يدخل الدراهم
في القسمة وان تراضوا ادخلا لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه
يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته
فلا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه
الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارضا وبناء الا انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى الارض يقسم
بالمساحة لانها الاصل في المنسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال
ثم يملك نسبة الصداق ضرورة التزوج ومحمد الى ان يرد ما شرط له بمقابلة البناء ما يساويه
من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة
تحققت في هذا المقدار فلا يترك الاصل الا بعادها وهذا توافق رواية الاصل انه قال لا يقسم
الدار والمزارعة ولا يجعل احدها على الآخر فضل من الدراهم وعين كذا في بعض الشروح قوله

فان

فان قسم بينهم يعني ان قسم القاسم الدار المشتركة بين الشريكين واحدها مسيل الماء
في نصيب الآخر او طريق فلا تخلوا اما ان يمكن صرف ذلك عنه او لا فان امكن فليس له ان
يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه
امكن تحقيق القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما
تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى عين فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت
بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء
هذا التعلق على عين ولا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة
او لا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها محملة لما فيه من الضرر وبقي الاختلاط
يستانف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من
الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد المقصود منه تلك
العين وانه بجامع بعد الا انتفاع في الحال كما لو اشترى حشا صغيرا واما القسمة
فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة
لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها
معنى الافراز وذلك بانقطاع التعليق على ما ذكرنا فباعتبار لا يدخل من غير
تنصيص وتقرر ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل يدخل
وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا يدخل وان ذكرت لان دخولها بناء في الافراز على
يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوصفين بقدر الامكان بخلاف
الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل
الا بالشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم
عن القسمة فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع
ينظر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير
طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالقلبة دونه اي دون رفع الطريق وان كان
لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا
في مقدار اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكثر
من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى الاسفل وقال بعضهم يقدر ذلك على عرض
الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعله اعرض من ذلك وفائدة
قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع جناحا
في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب
مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك
لانه قد رطوله مشترك بينهم ضرارا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا
الشركاء وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد

لا نص

لانه لابد للزراعة من ذلك ولا يحمل مقداره ثوران معاوان كان يحتاج الى
ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى المحلة فيؤدي الجميع ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقيته
كلامه واضح قال — واذا كان سفلا اعلوه صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا
بين رجلين وسفله لآخر وسفلا مشتركا بينهما وعلو لآخر وبيت كامل مشترك بينهما
والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما
قيدنا بذلك ليلا يقال يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة
لا يجمع عند ابي حنيفة واذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك
فقال ابو حنيفة وابو يوسف تقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع للزوم
الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد تقسم بالقيمة فان كانت قيمتها سواء كان ذراع
بذراع وان كانت قيمة احدها نصف قيمة الآخر تحسب ذراع بذراعين وعلى هذا
الحساب لان السفل يصلح لما لم يصلح له العلو من حفر البير واتخاذ السرداب
والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة
بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع
بذراع واختلف المشايخ بان مبني هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلد
في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما وهو معنى فقهي فقال
بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من
اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من عادة
اهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد
من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال
بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجهه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل برمتها على منفعة العلو
بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى
وفي العلو السكنى غير اذ لا يمكنه البناء على علو الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعا من
بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصلا السكنى وهما يتساويان وبان فيه منفعة
متماثلة لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة
تختلف باختلاف البرد والحر بالاضافة اليهما فلا يكون التعديل الا بالقيمة وقوله
لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل مقابلة كل
ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثين وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده
مثل نصف السفل فثلثه وثلثون من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد
وثلثه وثلثين وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو
المجرد وذلك تمام مائة وجعل مقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون
وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علو مثل نصف سفله فستة وستين وثلثا من سفل

الكامل

الكامل مقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من العلو الكامل
في مقابلة ثلث وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد وذلك تمام مائة وتفسير
قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون قال
بعضهم يعطى نصيبي في يد صاحبي وتشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكر القدوري
ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله وكانه
اي التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم فيقال ان الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كانت القاضي وتاييده يقسم فليس
لبعض الشركاء ان يابى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

باب — دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة احر ذكرها والاصل في
هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار حاصل بالقسمة او في امر
بعد القسمة فان كان الاول كالغلط وتفسخ القسمة ان لم يكن بي دعوا متناقضا
وان كان الثاني فعلى البينة على المدعي واليمين على من انكر وعلى هذا اذا ادعى
احدهما الغلط في القسمة وزعم ان ما اصابه سيانتي في يد صاحبه وقد اشهد على
نفسه بالاستيفاء يصدق على ذلك البينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد
وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقاما
البينة فالبينة بينة المدعي وان عجز عنها استحلف الشريك الا لهم لو اقروا لرسهم فاذا
انكروا استحلفوا لجواز النكول فمن نكل منهم لا سبيل عليه ومن نكل جعل بين نصيبه
ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال
المصنف ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه
اذا اشهد على نفسه انه قبض بالاستيفاء والاستيفاء بان قبض الحق بكماله كان
الدعوى بعد ذلك تناقضا فقوله واليه اشار من بعد يريد به قوله وان قال
اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء ولذا شتركه
تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة وصار
نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشتراك ان هذا المعنى قد وجد في الصور
الاولى لا تحالف فيها ولا سبيل له سوى لزوم التناقض ما لم تصح الدعوى
واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا تقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت
واخذت بعضه وعجزت عن اقامة البينة فالقول قوله لخصمه مع يمينه لانه يدعي
عليه العيب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلوا اما ان يكون يسيرا او فاحشا
لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة
بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان

فان كانت القسمة بقضاء القاضي تنسخ لان الوصي بينهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل فلم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكر محمد وعلي عن الفقيه ابو جعفر الهندواني انه كان يقول لقايل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيوع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقايل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المبادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف وبعض المشايخ كانوا يأخذون بالقول الثاني في قوله ولو اقتسما دارا هو عين مسلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا في الحدود قبل صورته دارا اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حد بيت في يد صاحبه واصاب الاخر جانب وفي طرف حد بيت في يد صاحبه فادعى كل منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده واما البينة يقضي لكل واحد بالحيز الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما ههنا ثلاثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا واستحقاق بعض شايع في النصيبين واستحقاق بعض شايع في احد النصيبين فعلى الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لا تفسخ عند ابي حنيفة ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابو يوسف ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار الف درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثلثي ذلك استحق نصف الثلث المقدم فقد ظهر ان ثلث النصيب فات شرط جواز القسمة فجب نقضها وان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابو يوسف ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار الفا وما بقي ثلثمائة

الى عين حقه لكان البيع فيضمن نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو وارث محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالديون ولا قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة فيما بينهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة واداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي بين جوازها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث والموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقها فنقض ان لم يرض الوارث او الموصى له لان حقها في عين التركة فلا ينتقل الى ما لا حق الا برضاها وعلى هذا الوادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بالتركة والقسمة تصادف الصون فلم يبق ما تقضي فيه دعواه بالاقرار على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصون والقسمة تصادمها فلا اقرار على القسمة اعتبارا لمنه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص تناقضه ولقايل ان يقول ان لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في بعض ما لزم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك فصل في المهايأة لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهايأة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واخالان الترجمة بالباب اولى لان اللام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منها لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيها قسمة والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وتجمعهما ان كلا منهم يرضى بحياة واحد وتختارها او ان الشريك الثابي ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لانا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها والحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء في عين ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والمهايأة جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهم القسمة تقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت احدهما

هو ان الحال يا حيث وجوابه محذوف اي ان كان كذا فهو الصحيح

قوله وفيها اي في المهايأة اشارة الى ان الفصل المترجم بالباب يكون بعض ابوابه

ولا بموتها

ولا بموتها لانه لو انتقضت لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولقايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طابقا ذا وهذا طابقا وهذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكرنا في المتن والثاني في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افرازا لمبادلة لتحقق معناه فان الثاني يحمل جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأبيد ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارات ويشترط التأبيد قبل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بجوز ان يكون توضيحا للكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء الكلام لنفي قول من يقول انها اذا تهايأ ولم يشترطا الاجارات في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولقايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولهذا كان هذا افرازا ومبادلة لانه عطف على صور الافراز فكان معلوما فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهايأة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الارض اجبر عليها وقيل يصير افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه حرام ربوا النساء والاول اصح لان العارية يسوغ فيها عوض وهذا يعوض ورد بوا النساء ثابت عندنا بحديث وصي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يقدح في الغير وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اصطلحا في النهاية من حيث الزمان والمكان في محل تحملها كالدور مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا اخر يأمرهما القاضي بان يتفقا لان لكل منهما منفعة فلا ترجح احدهما اذ النهاية في المكان اعدل لاستوايهما في زمان الانتفاع من غير تقدم لاحدهما على الآخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختار من حيث الزمان شرع في البداية تقيا للتهمة قوله ولو تهايا في العبد ان

واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه يعني روي الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ قوله والاصح انه يقسم عند ابي يوسف ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة ان الدور لا تقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تحمل القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة ملا تتفاوت اوجه لبقا قوله في الاصول بلا تاويل وقوله ولوقتا يا فيها واضح قوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله فتفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستغلال والظاهر ان غلته في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوي الحساسة معتاهة وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان القسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الي اخره وقوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام الحالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعتبار الرقبة التي هي اصل المنفعة اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما ايام وحذاقة وكياسة تحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق في استغلال العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى الايثار والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت تمنع عن رجحان معنى الايثار بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من الخدمة قل ما تتفاوت وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولها اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره لكن بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل جواز المهايأة في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قل ما تتفاوت وعلله هنا لضرورة تعذر القسمة وفي ذلك نوادر علتين مستقلتين على حكم واحد بالتخصيص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا الدليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله ولان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عند كل واحد منهما والوجه ما بيناه في الوجوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الى اخره وقوله ولو كان نخلا وشجرا الى اخره واضح والله اعلم

باب

باب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف معناها لغة وشرعا فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيدنا بالثلث والربع ليبين محل النزاع لانه لو لم يبين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لا لانه ثم لك للعمل في نخليه يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فاسد لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فتكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يحتمل مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر اسعد ومرعى على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعنى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز لانه عليه الصلاة والسلام ملكه حميعه فكان ماله تركه في ايديهم فضلا ولم يبين من معلومة وقد رجع في ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهو ان خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لجوازها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهوره وفساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم شرعيا الى فرع فيتطابقان وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة قوله وان فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه تماء الملك متعوض عن غصب يد رافر زعم ان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه واختبار وتحصيل فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامرين فجعل العمل مضافا الى الامر وقوله كما قلنا اشارة الى قوله وهذا ان كان البذر من قبل صاحب الارض الى اخره وقوله لان الغنوي على ان قولها واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة يتأتى حروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتأتى فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها فانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد على منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل

شبكة الألوكة www.alukah.net

او منافع العامل يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمنافع هي المعيار لها اي بمنزلة الحمل والوزن وقوله وهواي المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستاجر للارض وفي الثاني رب الارض مستاجر للعامل فلابد من بيان ذلك بالاعلام وقوله فيما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس بالاجواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله بيان جنس البذر وجه القياس لتقدير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلابد من بيانه لعلم ان الخارج من اي جنس ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحمل الخارج به الا بعد كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الامر الى المزارع اولم يفوض بعد ان يقيض على المزارعة فانه مفوض اليه قال وهي عندهما على اربعة اوجه فيما ان يكون الجميع لاحدهما او لاثنين الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء اذا لم تكن من احد الجانبين شيء لم تتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بينهما بالنصف او بالتفاضل والاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني ايضا على وجهين احدهما ان تكون الارض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وساوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه جائز ايضا واعلم ان مبنى جواز هذه المسايل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البذر والبقر لانه استيجار وبعض الخارج والقياس يقتضي ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما اورد النص فيهما دون البذر والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر ومعاملة الناس فانهم عليها ملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستاجرا لارض ببعض الخارج واما في العامل فلفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والعامل فانه رضيا كانوا يشترطون البذر على رب الارض وكان حينئذ مستاجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على الاصل القياس وكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض والعامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئا متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض او العامل لذلك لكونه مورد الامر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الاجير

والضابط

والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو ان ما صدر وفصله عن القوة الحيوانية فهو جنس واحد وما صدر عن غيرها فهو جنس اخر واذا عرف هذا فلنا تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس فالمنظور اليه الاستيجار بحمل ان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث ما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للاخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف والاجل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع وجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار لجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وصفت جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه ولذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وبعض فكان باطلا ولقائل ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين وكان ارجح ويلزم الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العلة حكمه وجود المعارض وقوله كل ذلك مخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما ذكر لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم انه ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجه اخر ان لم يذكرها القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المصنف وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر ارضه واجيب بان منفعة العامل في منفعة الارض صارت مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل يامن في التأبيد لعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين وثمة وجه اخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من اخر والبقر من اخر والارض من اخر قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب البقر ان اجرا مسمى وجعل لصاحب العلف ربها كل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط القفزان على احدهم معقودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماؤه ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العلف كل يوم مرد رهما

القفزان ما لا يسع اكثر من الكوز والبيضة التي تكون للثور والبقر

شبكة الألوكة www.alukah.net

لان ذلك كان اجر مثله عمله ولم يذكر اجر الغدان للوند معلوما من اجر العامل
قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرط
جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها الثالث بيان المدة لانه عقد على منافع
الارض التي تختلف والاصل في هذا ان كل ما كان من وجوده شرط الجواز فعدمه مانع
عنده لان الشرط لازم وانتفاء ليستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا
لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخارج
والارض خراجية والخارج خراج وظيفة بان تكون دراهم مسماة بحسب الخارج ٥
او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من القاسم سماعا غر الثلث
او الربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر
من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجم فيه الماء السيل ثم تسقي منه الارض السواقي
جمع الساقية وهو فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف
فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين
وتحليم العرف عند الاشتباه واجب وقوله والبيع يقوم بشرط الاصل وهو الحب
مشتركا بينهما باشتراطهما بيانه انه كان البيع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا
تبعا للاصل وان لم يذكر فيه الشركة وكان معنى والبيع يقوم بشرط الاصل
وقوله لانه حكم العقد يعني ادراجهما سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر
ولانه يوجب العقد فاذا تصادقا عليه كان مصرحا بما هو موجب العقد فلا تتغير به وصف
العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر
فان استحقاقه لا يكون بالشرط لانه ليس بحكم العقد وذلك شرط يوجب المنازعة
الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك يفسد للعقد فكانت المزارعة
فاسدة قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة
او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا او لم تخرج فان اخرجت ٥
فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا
عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانبات وما
شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلابد من الاجر اجاب
بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق عين واستشكل
بمن استاجر رجلا يعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل
فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب
بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرغ منه ٥
الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجر اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير
لا يجب للاجير شيء اخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان تخرج الارض

الخارج

يعني الاصل

وللجواب عما قاله فلان الخارج البذر ان الاصل فيها عدم الجواز الا انها ثبت مع المنافي فبقدرها وجد فعمل به وما لا فلا

وان لم تخرج

وان لم تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج
فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه بملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية
وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر
المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فوجب عليه قيمتها ٥
اذ لا مثل لها قال المصنف وقد مرت في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا
الذي ذكر من الحوالة نوع تعارض لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في كتاب
الاجارات في مسألة ما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة
ثم قال لا اجارة ولا اجر قفيز لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي وقد
اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فجوع بهذا الذي ذكر في
الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة
كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكرهنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ
الى ان قال لو قد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات
الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل
الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة
بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه
استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب رد ها وقد تعذر رفيصار الى المثل
والمثل فيما يجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا قوله على
الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل
اجر مثل الارض والبقر وهو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة بجوز ايراد عقد
الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدة او تجب
اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا لقول محمد في الاصل
لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقر على صاحب البذر ان اراد به ان
يجب اجر مثل الارض مكررة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا
ينعقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع
لا تتقوم بدونه قوله واذا استحق رب الارض الى اخره واضح خلا انه محتاج الى فارق
بين حيث يمكن في منفعة الارض ما وجب التصدق بالفضل وبين حيث يمكن في عمل
العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المصنف اشارة الى ذلك حيث قال لان الماء
يحصل من البذر وتخرج من الارض يعني هو محتاج اليها على ما جرت به العادة لقيامها
بالماء فكان الحبث سببا فاورث وجوب التصدق وعلى العامل وهو القاء البذر وفي

ليس بذلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر
في ارض وامطرت السماء وكان مايكن به سببه الحب فلم يوجد وجوب ذلك قال
واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة يكون لازما وعين
وهو لازم في حالة دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين
ليس لاحدهما فسخه الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته
وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه
لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن
استاجر رجلا ليقيد دارا وان امتنع عين اجبر الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء
بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد
لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر اتفسخ به الاجارة كالمرض
المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عند الابيع الارض فتفسخ به
المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد ركب المزارع الارض
فلا شيء له في عمل الركاب لان الماتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد
والعقد فوقه بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما فيما بينه
وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل اذا عين في الاستغلال واذا مات احد
المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة كذا ذكره عقدا فيه الاجارة
وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة
والاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك
لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه
في الزرع غير منعقد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثتها لقلعوا الزرع
وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المصنف
بقوله فلو كان دفع ثلث سنين الى اخر واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد
المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل
بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله وجه الاستحسان
قلما ينبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك
ذلك اعتمادا على دخوله في الطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل المزارعة
بعد ما ركب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال
مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما سنذكر بعيد هذا واذا فسخت المزارعة
بدين فادح اي قبل من قدحه الامر ابيا تقله لحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز
الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية
الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا لانها في معنى الاجارة ٥

فيلزمه

وعلى

وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك
وليس للعامل ان يطالبه بالركب الارض وحفر الانهار لانه يقول ان المنافع انما تتقوم
بالعقد وهو انما يتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم تجب شيء وهذا هو الموعود
وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان
البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل
عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يكون مستاجرا للارض
فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير
عقد ولا شبهة عقد فلا تقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب
الارض حتى كان رب الارض مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع
الاجير فتتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل
عمله كذا في الذخيرة محا له الى مزارعة شيخ الاسلام وبه نظر فان منافع الاجير
وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج
لم تجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلاث ما اذا فسخ
وقد نبتت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا يباع الارض بالدين حتى يستحصد
الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير ان كان اضرارا بالمزارع
لكن التاخير افون من الابطال وتخريجه القاضي من الجبس ان كان حبسه في
الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظالم ولم يذكر
المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه
لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هكذا ان يبيع الارض فيه اختلاف
المشائخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان
البذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل النبذ وقال بعضهم ليس له ذلك لان
النبذ براستنما وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي
ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف
ولم يذكر ان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا
عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية فا
واذا انقضت مدة المزارعة اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى
الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى
لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت
بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفي منها بقية نصيبه
من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة
الحفظ والسعي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد لنفقة العبد

المشتركة العاجز عن الكسب وقوله لان في تبعية الزرع دليل وجوب الاجر
ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان
بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل
عليها لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى
الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح
فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه
فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امر لا بقاء هو مضطرا حيا حقه فلا يوصف
بالتبرع لانه يمكنه من الاستبداد من القاضي بمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض
ان يأخذ الزرع مقلعا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع
ذلك مكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب
بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر
رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمحضور في ذلك لم لا يجوز ان يكون المنع
عن القلع لرب الارض لجبر بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه
بنصيبه وباجر المثل يرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع فيجب
عليه من اجر المثل قدر ما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات
المزارع ظاهره قوله لما بينا اشارة الى قوله لانا بينا العقد بعد وجود المنهي اليه
آخر وقوله والمالك على الخيارات الثلث يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة
لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا
اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الى آخره قد مر وكذا اجن الحصاد
والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر
هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القعود
ذكر هنا المسئلة عقيبه انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان توهم اختصاصها
بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصور وهو انقضاء المدة
والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط
ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان بينهما معنى الاجارة والفاصل
بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها
وما لا فلا على هذا فالحصاد والدياس والتذرية ونقله الى البيدر اذا شرط شيء
منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحابنا الامالي عن ابي يوسف
انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة
هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ

وهو

وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان
بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباهها وهما ليسا من اعمالها فيكونان عليهما لكن
فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة
ليتميز ذلك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة فيما
هذا اي المساقاة بناء على هذا الوجه وقوله لانهما لم يشتركا شيئا مشتركا بعد
القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما اثلاثا بان نصيب
كل واحد اذا كان مختلطا في قرية بيتا لهم شركا في القرية كتاب
المساقاة كان من حق المساقاة التقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها
ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض
موجبي صعوبة ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة
احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني لكثرة تفريع مسايل المزارعة بالنسبة الى
المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومعناها اللغوي هو الشرعي
فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون لدسهم
معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرايطها هي الشرايط التي ذكرت
للمزارعة وهي غير جايزة عند ابي حنيفة كالمزارعة وبه اخذ زفر وجايزة عند ابي
يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جايزة والمزارعة
لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكروم في ارض بيضا تسقى بالنخيل
فيامر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكرت دليله في الكتاب وهو واضح والجواب
ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحاقها
بالمضاربة فجازت مبتدئة عن المعاملة وقوله ولو ادرك المزرع في اصول الرطبة في
هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة فتراضيا على ان يثمر عليها حتى تخرج
ثمرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البسر مما يرغب فيه وحد لانه
يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان البسر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره
بمنزلة ذكر وقت معين والبسر يحصل لعمل العامل واشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا
والرطبة لصاحبها وقوله وقوله غير ساقط على اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهره قوله
خلافا لهما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يثمر عليها حتى يذهب اصولها
وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت
المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة اجل معلومة فان كان فهي جايزة كما لو اطلق
في النخيل فانه صرف الى الثمر الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما
فكان احدا محملا وقوله لانها تنوء ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل
النخيل والرطبة اذا شرط القائم عليها حتى يذهب اصولهما لانه لا نهاية لذلك فكان

غير معلوم وقوله لا تخرج الثمر فيها اي في الوقت الذي تنبت فيه عادة قال
وتجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه
وخصص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا
ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خصها
لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا وليس بمسلم ذكره لكن الاصل في النصوص
التعليل لا سيما على اصله فانه يدعي ان سبيل التعليل بالعلة القاصرة ولكل
وصف قام دليل التنبيه على كونه جامعا بين الاوصاف وانا نحن فانا لا نجوز بالعلة
القاصرة ويشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصوله
الفقه وقوله وليس بصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه
اشارة الى ما ذكر في المزارعة بقوله وانما عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر
من العمل اجبر عليه اي احوج والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر وكانت لازمة
من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقائه البذر في الارض
فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم حرف دين قارح لا يلفه الا بقاء الا بتبع
الكرم وعذر العامل المرض وقوله ولم يرد به الشروع لانها جوزت بالاثر فيما يلزم اجر
العامل بعض الخارج قوله واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بسير
فللعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ايضا للعقد فعا للضرر واما في القياس
فقد انقضت المساقاة بينهما وكان الثمر بينه وبنة صاحب الارض وبين العامل
نصفين ان شرطا نصفا فالان صاحب الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة
تنتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح علم مما ذكر نظير في المزارعة وقوله
وهذا خلافه في حق ما في جواب عما يقال كان للورثة الخيار وقد مات والخيار لا يورث
كما تقدم في شروط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بسر حصر هذا والاولى
يعني صون الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجر لان
الشجر لا يجوز استيجاره وان اي خير الاجير بين الخيارات الثلاث خلاف المزارعة
في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك
العلة على العامل هنا لما ذكر في الكتاب وهو واضح قال وتفسخ بالاعذار
لما بينا في الاجارات المساقاة تفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا
ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل
القبض الى احوج وقد بينا وجوه العذر هنا اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه
روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا وايتان في احديهما لا يكون عذرا ويجبر على
ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا بعذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك وفي
الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا واما اذا دفع اليه

النخيل

النخيل على ان يعمل بها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل
عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة ليغرس
فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس
قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من
عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه
لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن
مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على ان تكون الارض والشجر بينهما
والغارس نصفين فلما لم يكن تسليما شجر اوجب قيمته واجر مثله لانه ادخل في قيمة الغراس
ايضا اعيان متقومة بنفسها بمباشرة بينها وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد
لا قيمة له في نفسه وفي بعض طرق اخر ذكر المصنف في كفاية المنتهى وهو شارب
الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف
ارضه ونصفه للخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفا او جميعها
لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان فقال المصنف وهذا
يعني المذكور في الهداية اصح لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه
على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ فان الغراس تحمل الارض بمنزلة استئناء الصبغ للثوب
فاذا فسدت الاجارة يفيت الالة متصلة بملك صاحب الارض وهو متقوم متبايز به
فيتملكها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله ٥٥ ٥
كتاب الاضحية والذبائح المناسبة بين المزارعة
والذبائح كونها اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف
الحب في الارض للانتفاع بما يتبت منه والذبائح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في
الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان الغزالي ذهب الى ان الذبح محظور عقلا
ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بعثته ولا يظن به انه كان ياكل
ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعوفنا انه كان يذبح ويصطاد
بنفسه وما كان ينعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز
ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي
ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز
من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدر عليه فله نظرا الى نفعه
كالحجامة للاطفال وندا وبهم ما فيه الم والذكوة الذبح واصل تركيب الذكية يدل على
التمام ومنه ذكا السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى

شبكة الألوكة www.alukah.net

قوله الذكوة شرط حل الذبيحة الذبح شرط اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله
تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الى اخر استثنى من المحرمة
المذكى فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها فكل ما كان الحل
ثابتا بالشرع جعلت شرطا وان غير المذكى بينة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان
الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكوة فلا بد منها لتميز
النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلها لا لذبح ثبت بالنص وكانت بالذبح
الحل في ما كان ثبت به الطلاق في غير ما انه الذكوة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله
صلى الله عليه وسلم ذكوة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة
طهرت وطابت كان الذبيحة بالذكوة تطهر وتطيب وهي بمعنى الذكوة اختيارية كالذبح
فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من
البدن قوله واثنانيا كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف
بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارات البدلية فقال كالبدل ومن شرطها اي شرط
الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه
يدعي ملة التوحيد وانما خص ذبيحته اذا لم يذكروا وقت الذبح اسم غير المسيح لقوله تعالى
وما اهل به لغير الله ومن شرطها ان يكون حلالا خارج الحرم كالصيد قال
وذبيحة المسلم والكتابي حلال ذبيحا كان او حربيا حلالا اذا اتى به مذبوحا واما الذابح
بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله لما تلونا
اشارة الى قوله الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص بالخروج
الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل
بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان
المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عن
ما سواه وحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل
ان حل التبيحة بالتسمية والذبيحة بمعنى مصدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط الذبح
من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في النهاية ش
اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية تشترط بالنص وهي بالقصد
وصحة القصد عاد ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والمراد بالمجنون سوى ما ذكرنا قيل اراد به الاربعين المذكورين وفيه نظر لان عادته
في مثله لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة معتمد الملة وهذا لا يستقيم
في الكتاب ولا وجه ان يحمل اشارة الى الاية والى قوله ولان يتميز الدم النجس
من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قيل انما ذكر المكلف احترازا عن قول ابن عباس

فانه

فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم كذا طا هر
وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط
ويمكن ان يجاب بانه شرط في معنى العلة وقوله فلا تؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله
بخلاف الكتابي اذا تحولا الى غير دينه يريد به من اديان اهل الكتاب اما اذا تحول
فلا تؤكل ذبيحته قال — وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية عند
الذبح اختيارا او اضطرارا عامدا او ناسيا قال الشافعي رحمه الله تشمل الجوازر
ومالك رحمه الله تشمل العمد وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة
ولا تؤكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي رحمه الله بقوله صلى الله عليه وسلم
يذبح على اسم الله سمى ولم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون لذلك وبان
التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة
فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لانها سقطت بالعذر سلمنا انها
شرط لكن لم لا يقيت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكر في الكتاب
انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم
على ما يذكر وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تقتضي التسوية
بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على
الناسي هيبة مذكر كالاكل في الصلاة والجماع في الاحرام وههنا ان لم يكن هيبة
توجب النسيان وهي ما تحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من فتح
الحال فليس هيبة مذكرة بوجود ما ولمانع ان يمنع بطلان التالي بقياسا على مذهب
مالك وعن التخريج الذي ذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية
في حق الناسي وهو معذور لا تذل في حق العامد ولا عذر له واما ما شنع به المصنف
بكون ما ذهب اليه الشافعي مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك بظاهر قوله
تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان نبه النبي بالغ وجه وهو ان كيف
عن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاق قد يقتضي الحرمة من غير
فصل وهو اقوى لاحالة من مذهب الشافعي لانه مذهب ابن عمر والجواب انه
غير مجري على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر مما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان
وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان لكثرة النسيان والحرج مدفوع
بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض
ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف
اجمعوا على ان المراد به الذكر حالة الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر
باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكي اذا ذكر بالقلب ولا تاكلوا

وقوله

شبكة الألوكة www.alukah.net

عام مؤكد عن الاستغراقية التي تفيد التأكيد وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص
فهو غير محتمل للتخصيص فيتم كلما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا
الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذره كما ان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع
باقامة الملتقط مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل مقام الامساك في الصوم لذلك
ومحال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بينا
يريد به ما ذكر في الشيع بقوله لا خلاف فيما كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما
الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الى ما مضى والسنة وهو حديث عدي بن حاتم
الطائي قال صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا اجنبيا قال
لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك على الحرمة بترك التسمية
والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على
المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب
الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك
في الكتاب تفريعات وفيه واضحة قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا من
المسائل المذكورة ظاهر وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال
غير مكسور لا تحرم قبل هذا اذا كان يعرف النحو قال الترجماني ان حضنه لم تحل
لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال
بعضهم على قياس ما روي عن محمد انه لا يري الخطابي النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها
لا تحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشار الى انه لو قدمه او اخره لا باس به
ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف
بين هذا وبين التكبير ان المأمور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله
عليها صوافّ اي قائمات صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ
لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في احدى الروايتين والفرق
لابي حنيفة بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله
انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك
ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا المشروع الذبح بين الحلق واللبة
وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله وانما بلفظ الجامع
الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري
الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يذكر عليه لفظ الجامع
الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكوة ما بين اللبة واللبين وهو
يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقد لانه ان كان قبل العقد فهو بين اللبة

الذكوة على الذبح

واللبين

واللبين وهو دليل ظاهر الامام الاستغفني في حل ما تحت عقد الحلقوم مما يلي الصدر
ورواية المبسوط ايضا تساعد ولكن صرح في ذباح الذبح ان الذبح اذا
وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوي اهل سمرقند انه ذبح في غير المذبح
وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى والمراد بين اللبة واللبين مجمع العروق
والمجري فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء ولا
يعتد قال والعروق التي تقطع في الذكوة الاربعة الحلقوم والمري والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل
فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم والمري وذهب مالك الى اشتراط قطع جميعها
وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين رجع اليه
بعدما كان قوله كقول ابي حنيفة كما يذكروه وذكر القدوري انه قال محمد اولا
وقال المصنف المشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وذكر
عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة واما ابو حنيفة
فعنه التفي بقطع الثلاث اي ما كانت وهي ثلاثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو
وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في الاوداج اذا شئت
والذري القطع للاسترسال والافراء القطع للافساد فيكون كراهة السبب
ولهذا قال بعد هذا الورود الامر بفريه اخذ الشافعي بانه جمع الاوداج
وما تم الا الودجان فدل على ان المقصود بما يحصل به زهوق الروح
وهو بقطع الحلقوم والمري لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا
ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما المعنى
فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واضح مالك بظاهر
دلالة اللفظ وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلاثة فيتناول المري والودجين
وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء
وجوابه سيجيء واضح ابو يوسف بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم
فينوب احدهما مناب الاخر اذ كل منهما مجري الدم اما الحلقوم فخالف المري
فان المري مجري العلف والماء والحلقوم مجري النفس ووقع في بعض النسخ
بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجيء واضح محمد بان
كل فرد منها اصل بنفسه لانفعاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر
يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى واضح
ابو حنيفة بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها
فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود تحصيلها وهو انهار الدم المسموح والتوجيه
اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يجيء بعد قطع مجري النفس الطعام وحصل

هذا جواب ابي يوسف و بقوله وخرج الدم بقطع احد الودجين ويكتفي به كرر
عن زيادة التعذيب جواب مالك لا بقاء الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام
وليس ثم معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله لا تحل لك النساء اي ما تحته ليس
افراد حقيقته والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع
النخاع لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما
كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان
النصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيأ وهذا لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب
الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن والذبح بالظفر والقرن
والسن المنزوعة جايز مكروه واكل المذبوح بها لا باس به وقال الشافعي رحمه
الله هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر وافري الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهما مدى الحبشة استثنى هما بالطلاق عما يجوز اكله اكلا فيتناول الحرمة
المنزوع والقايم ولان الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع
فلا يكون ذكوة كغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شيئت
ويروى افري الاوداج باشيت و هو مطلق فيقتضي الجواز بالمنزوع وغيره
الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فانه فيه دلالة على ذلك وهو قوله
عليه السلام فانهما مدى الحبشة فانهم لا يتمالكون الاظفار ويخدمون الاسنان
ويتناولون بالحدس والغمض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع ه
وقوله ولانه الة جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار
الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع عنه اي كل واحد منهما الة جارحة
يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والمروة والحديد والسكين
الكليل وما في كلامه ظاهر سوى الفاظ تفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب
والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في
معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لعدي ان رميت سهمك فاذكر اسم الله فان
يكون ذلك اذا المقصود بالذبح الذبح لا التحديد لذبحه وليس له ذلك لان المذبوح
لا عقل له وهو مع كونه سؤدب ساقط لان التوهم في ذلك كان وهو
موجود فيه والعقل تحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه بسببها والنخاع
بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسر المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة
ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة
يمتد الى الصلب وبه يتمكن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق هي
شرايين واوتار وقال شيء يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المصنف الاصل الجامع
في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة

قال

قال وما استانس من الصيد قد مر ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري
فلا يصير الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك ه
لا يحل الا ما يذكوه الاضطراري في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر
والنادر لا حكم له وقلنا لا نسلم التدرج وليس كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
قوله في الكتاب يريد القوري وكلامه واضح والمخرقطع الروق عند الصدر
والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غير الثاني والعلس يجوز
ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لعدي في عين اي في غير الذبح و هو ترك السنة
وقوله اشعر معناه بنت شعر مثل اعتب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب
عن الحديث الذي استدل به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روي ذكوة امه بالرفع
والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه
اقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل وما يدل على ذلك تقدم
ذكوة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق
منك دقيق ذكر هذا الفصل عقيب الذباح لانه المقصود من الذباح والوا
الى شيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح واما ذكر اوصاف السبع لسبي على ذلك
قوله كما لا يبدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب
ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهايم قال في المبسوط فالمراد
بذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهوا كالبازي والعقاب ومن ذي الهبيد ما يهبب
بنابه من الارض كالاسد والذيب قوله و يدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا باينا تلان
بهما فلا يوكل لحمهما كالذيب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه
حديث جابر انه سيل عن الضبع اصيد هو قلنا نعم قيل ايوكل لحمه قال نعم قيل
اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا
مشهور فيعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله
تعالى ويحرم عليهم الخبايث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه
النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع
والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب لا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه يأكل
الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط
يأكل الحب مرة والجيف مرة ولم يذكر في الكتاب وهو مكروه عند ابي حنيفة مكروه
عند ابي يوسف قوله وكذا الغراق وهو غراب الغيط لا يوكل واصل ذلك ان ما يأكل
الجيف فلحمه ينتن من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه و ما
خلط كالدجاج والعنقز فلا باس بأكله عند ابي حنيفة وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه
وسلم

اكل الدجاجة وهي مما تخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع
يعني انه ذو ناب وقوله وهي حجة على الشافعي يعني بني النبي عليه السلام وانثه لتانيث
الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال
لم يكن من طعام قومي فاجدني اعافه فلا احلله ولا احرمه وحديث ابن عباس قال اكل
الضب على مايدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاكل بين ابي بكر اجيب بان الاصل ان
ان الخاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الخاظر على المبيح ما ولما قبل التحريم ولا توكل الحمر
الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رح
تشبيثا بما روي عن عائشة انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى فيما اوحي الي محرما
الآية وبحديث غالب بن الحرقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حميرات
فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدل لاكل الوحشي وهو ضعيف اما الآية
فللجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة
عن مدلولها واما الحديث فلانه ما ولي باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون
العرع منصوصا عليه والنص المناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال
وبكل لحم الفرس عند ابي حنيفة كلاهما واضح وقد اعترض على قوله والحلم لا يترك الاسان
بالعلى النعم باذناها بانه ترك ذلك الحال عليه وهو فاسد فان الكلام في ان ترك العلى النعم
والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحل ليس كذلك قوله والاولى بعني لون الكراهة
للتحريم واضح لانه روي ان ابا يوسف سال اباحنيفة اذا قلت في شئ اكرهه فما ترى فيه
قال التحريم وتبين اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه
روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يتعين الكراهة وهذا يوحي الى التنزيه
وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله
ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشئ فوق الماء
يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي مات في الماء حتف انفه من غير سبب
فيعلو او الحربث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه ما روينا يعني
قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الى آخره وقوله ويستحب عليه فروع
لبين بنتا هي في نهاية المتانة منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها تؤكل
لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك اذا قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في حب
ملان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمها في خطيرة لا يستطيع الخروج منها وهو
يقدر على احدها بغير صيد فهي فيها كذلك وان كانت لا توخذ بغير صيد فلا خير في
اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها
او اكل سبعا القاه في الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو في معنى
الجزء من الماء قال صلى الله عليه وسلم ما احرز عنه الماء فكل وقوله في الموت الحر والبرد رواياتان

احديهما

احديهما انها تؤكل لانها مات سبب حادث فكان كالوقاه الماء على ايبس والاخرى
انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب الموت
في الغالب والحاق القدوري البرد بالبرد ذكر شيخ الاسلام انه على
قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قول محمد يحل كتاب الاضحية
اورد الاضحية عقيب الذباح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية
في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء
وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لاجل الياء
وجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها
واضحية بفتح الضاد على وزن فعلية كهدية وهدايا واضحاة وجمعها اضحى كارطاة
وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويونث وفي الشريعة عبارة عن ذبح خيوان
مخصوص في وقت مخصوص قربة وهو يوم الاضحى وشرائطه استذكر في اثناء الكلام
وسببها الوقت وهو ايام النحر ان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعليقه
به اذا الاصل في اضافة الشئ الى الشئ ان يكون سببا ولذا اذا اضاف ذكر ويذكر
كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تتكرر بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف
السبب الى حكمه فقال يوم الاضحى فكان لتعلم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في
سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم كامتناع تقديم الصلاة
عليه اذ لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط
الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى
شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر افتقر كان عليه ان يتصدق
بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة الميسرة لكان دوامها
شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج
واصطلام الزرع افة لا بقاء لادنى ما يتمكن به المومن اقامة ما يملك فيه ما يصلح
للاضحية ولم يجب الامساك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط
النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا
الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا بتدا لوكان كذلك
لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والضحى
ان تصدق باللحم فوجد حصل الوجوب اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق
حصل الامر وما حكما فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل
الله تعالى في العقبى قال الاضحية واجبة وكلاهما واضح والجواب اسم جاب في الفقه
صنفه ابو يوسف وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة
والصوم فانهما مختلفان فيها ان المسافر تلحقه المشقة في اداهما والعتيرة ذبيحة

كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله
ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم
من ترك سنتي لم تنله شفاعتي اجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا
فان ترك السنة اصلا حرام وقد يجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان والمقاتلة في
غير الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهواي الاختصاص بالوجود
انه اذا لم يوجد منه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود
ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب واعترض بان
السنة ايضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك
السنة واجيب بان الواجب يفضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء
اختص باسباب اي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال
بذبحها في وقت معين وتعيين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر
في التخفيف الا يرى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء وقوله والمراد بالارادة وجوب
عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه
السلام من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلوة
فليتوضأ وقوله والمعتبر جواب عما استشهد وابها وقوله على ما قيل يشير الى ان
في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح انها عبارة
عما اذا ولدت الناقة او الشاة وذبح اول ولدها قائل والمعم وهي منشوحة بالاضحية
وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام
ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان كما نقل والستين تخافة
ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بانا لم نقل بوجوبها الفرض ونحن نقول بانها
بمعنى فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو
للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين
وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراهما الناس واجبة
على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورين في اول
الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام اذا اختص باسباب يشق على المسافر
استحضارها قوله لما روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله
وسنبين مقدار اي مقدار الوقت وقوله لا تجب عن ولد يعني سواء كان كبيرا او
صغيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروي الحسن عن ابي
حنيفة انها تجب عليه وقوله والاصح ان يضحي من ماله اي من مال الصغير
ويأكل اي الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويباع ما بقي مما ينتفع بعينه
كالرباط والمنخل كما في الخلاصة وهو اختيار شيخ الاسلام هكذا روى ابن سماعة عن محمد

وقيل

وقيل ذلك يضحي في جلد الاضحية من غير خلاف احد وامافي لحمها وليس له ان يطعم
او يأكل قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح ولهذا اذا كان نصيب
احدهم اقل من السبع لا يجزئه اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها
يوم العيد لم تجزه ان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن
ايضا وقوله يجوز في الاصح احترز عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل
واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واظلم
بجزء البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكر في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث
والصدر الشهيد وقوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع
احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الاخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وقوله اعتبارا للسبع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود
التفاوت في الجنس وقوله وقد امكن بيعه يدفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمتنع
البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله لما بينا
اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها الى اخر قوله وما رويناه
حجة على مالك والشافعي اشار الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه
واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل طلوع الفجر وما بعده وقوله
ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان خرج الامام بالناس الى الجبانة وتخلف
من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي حين قدم الكوفة وقوله لجزاه استحسانا
يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل
المسجد يجوز وفي العادات نؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكر في
الكتاب وقوله وقيل هو جايز اي القياس جايز قياسا واستحسانا والفرق
ان المستون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا
فيجوز قياسا واستحسانا قال وهي جايزة في ثلاثة ايام كلامه واضح ويجوز الذبح
في ليالها اي في ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة
الاولى وهي الليلة العاشرة من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر ان وقت
الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر
وتفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا تجوز في ليلة النحر البتة لو
قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليلتين اللتين
تتبع للايام واما الكراهة فلما ذكر في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام
النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر
الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في
افضلية الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين القربة

شبكة الألوكة www.alukah.net

بارافة الدم والتصدق والارافة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولاشك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير ويشبهه بالصلوة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الافاقي لفواته افضل من صلوة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر انه كان واجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة وسواء كان الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشتري او لم يشتر لها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية الاضحية عندنا فان فات وقت التقرب بالارافة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة احراجا لذمة العبد كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجمع والعجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال ولا يضحي بالعميا والعورا هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها وللعور اثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين ولهذا العلف تؤثر الهزال والحديث المذكور محمول على ذلك والرجل البين عرجها هي التي لا تقدر ان تمشي برجلها العرجاء اما تمشي بثلث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا مخ في عظامها وهي التي ليس لها مخ اي نخ من شدة الهزال وبقية كلامه واضح وقبل معناه قبل قريب من قولك اي قولك الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع كما دون النصف اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجراء بالنسبة الى قول من يقول ان الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في اول الكتاب وقوله لان العرن لا يتعلق به مقصود الا تري ان التضحية بالابل جائز ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض بشوبه مشعرات سود والوعساء نوع من الحمار وهو ان يرض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعيبت يعني من الشياط المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكوة فانه اذا نقص بعد ما وجب الزكوة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال الذي فاذا هلك المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الواجب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس قوله وعلى الفقير فرق بينهما لان الوجوب عليه بالشراء وقد تقدم وهذا الذي ذكرنا من الاصل يوافق ما ذكر شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا تجب

وروي

وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهي رواية النوادر وقوله فانكشف رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع عن الاكتساب بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاعرج بالاستحسان لان وجهه القياس مخالفة لان ما وجب بالتضحية لا بالاضطجاع وهي بعينها عندهما وعند ابي يوسف كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانه حصل بتقديم الذبح دليل محمد ودليل ابي يوسف ان العور لما انقطع حرج الفعل الذي تعينت به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجد بعد العور فصار بمنزلة ما حصل بفعل اجنبي قال ـــ والبقر كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية وقوله انما هي الاصل في التبعية لان جزءها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من المحل هو الهالك والمتصل به غير محل لهذا والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل لها فاعتبرها قوله لكن من شرطه ان يكون قصد الحال القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فاذا قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمادا على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد بها فاتحد من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس يجوز لان الارافة لا تتجزى وبعض الارافة وقع نفلا او لحما فصار كالكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والارافة قد تصير قربة اذا لم تصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والارافة للحم لا تصير قربة بتعيين الحال قال ويأكل من لحم الاضحية الحديث اما ان تكون مندوبة او لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكر في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل ضمن قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام كلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولم يسأل وقوله كالحل بالحاء المهملة والميم والابازيم التوابل جمع ابزم بالفتح وقوله في الصحيح احترازا عما قيل انه ليس له في اللحم الا الاكل والطعام ملوباع بشيء ينتفع بعينه لا يجوز والصحيح ما قاله شيخ الاسلام لاهل محلة خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب عليه ان يضحي بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا ويلزم ان يبدل بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فصار كالوباع الاضحية يعني لو باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى فتصدق بما فضل عن الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله

شبكة الألوكة www.alukah.net

ومن ائتلف اصحبة عين متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا على التحليل كان كل
واحد منهما مستقلا لحم اضحية من ائتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله
فلكل واحد منهما ان يطعم صاحبه قيمة لحمه وقوله لان ملكها بسابق العطب يعني كانت
التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية ابتداء لا للاسناد بظهره في القيام والتضحية
بالاراقة قد فاتت لانها عبادة عن فعل المضحي اما تقوله الاراقة ليست من المتلوك لانها
ليست متقومة للشاة ليصح ان يقال للاسناد فيها او لا يظهر فان الملك يثبت في الشاة ٥
المذبوحة وحينئذ الى وقت العصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه
كما في ـــــ الكراهية اورد الكراهية بعد الاضحية
لان عامة مسايل كل واحد لم تخل عن اصل وفرع يرد فيه الكراهية الاتري ان في
وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التعريف في الاضحية بحز الصوف وحلب اللبن
وفي قامة عين مقامه كيف تحققت الكراهة وفي ذات الكراهة ايضا كذلك قوله
واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول ابي حنيفة في رواية هذا
الكتاب حيث جعل لبنه حلالا لا باس به واكل لحمه محرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه
ولا بد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف بما هو المطلوب من كل
واحد منهما لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في
اللبن فكان شربه مما لا باس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجر جر في بطنه نار جهنم
قيل معناه يرد من جرجر النحل اذا ترددت صوته في منجرته فهو منصوب على ما هو
المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الاذعان من آنية الذهب
في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صوت الاذعان
ان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب اذا لفضة ويصب الدهن على الراس والماء اذا
ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكن قال صاحب النهاية
كذا ذكر صاحب الدخيرة في الجامع الصغير واني انه خالف لما ذكر المصنف في المحلة
فان المحل لا بد ان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكر في المحرمات المضبب
المشد وبالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشجب المسن والشرعة ما يجعل تحت
ذنب الدابة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حتى ان عند المسلة وقعت
في دار ابي جعفر الدوانقي بحضرة ابي حنيفة رواية عصر فقالت الاية تكن فقيل
لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكن والا فلا فقيل له ما الحجة
فيه فقال ارايت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه اليكن موقف كلامهم
وتعجل ابو جعفر قال ـــــ ومن ارسل اجيرا له مجوسيا كلامه واضح وقوله لما قيل
قوله في الحل يعني في قوله وسيعيده الله فانه يقتضي الحل لا محالة اقول انه يقتل في الحرم
لان الحرمة مجمع على الحل دايما راى في بروايه الجامع الصغير ان الهدية فيها نقص الجاريه

وقوله

وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تنعت عادة على ايديها ولا الى قوله ولا يقبل
فيها اي في العبادات قوله المستور وقوله خبرا على مذهبه انه تجوز القضاية يعني اذا لم
يطعن الخصم فظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر
ملزما وقد سقط اعتبار العدد بقي اعتبار العدالة وقوله حتى يشترطها اي في الفاسق
والمستور اذا اخبر اثنان الاكثر الراي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول
العدد والحرية لانه خبر ولا ولاية في امور الدين كخبر الحرة المتواعد ولا كما في رواية
الخيار لانه يلتزم بنفسه اولا لم يتعد منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير
وقوله ما ذكرنا اشار الى الجدية والاذن وقوله فان كان الخبر واحدا انه كاذب
يتوضاه يعني حكما لابي الاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قيل
الاصل الطهارة وقوله لما قلنا اشار الى قوله لما التحري فجوز ظن فيه احتمال الخطا
وقوله ومنها اي ومن الديانات الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن
زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا تحل الاكل
والاطعام لما حتى الله فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت
بخبر وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل
كما اذا اخبر رجل وامراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امراة واحدة لا بد فيها
من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصورة فكان
متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قيل قوله اي قول المجوسي في الحل
اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان
كلامه متناقضا اجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولا تناقض
لان المراد ههنا ما كان قصدا قال ـــــ ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام
العرس والعذايا بالكسر السماع وقوله كصلاة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض
وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور باقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب
بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة
فقد عصا ابا القاسم وبحور ان يقال لوجه السببية اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر
عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله
عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المايدة ينبغي
ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم ان ما جاز اذا كان العذر في ذلك المنزل ولم يكن على المايدة
لانه لم يدخل تحت المعيد واما اذا كان على المايدة فكان قاعدا مع الظالمين وقوله
ودلت المسلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجوب
اللعب والغناء اللعب وهو اللهو حراما يقال الجموع الدنيا لعب ولهو بقوله تعالى اعلموا انما
الحيوة الدنيا لعب ولهو والجموع الدنيا ليس بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعضا للهو

شبكة الألوكة www.alukah.net

واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل
الا في ثلاث مادسه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقوله يضرب القضب
عني به حسب الفارس وقوله وكذا قوله ابي حنيفة معطوف على قوله ذلت المسئلة

فصل في اللبس لما فرغ من مقدمات مسايل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان
وتدر اللبس لكثرة الاحتياج اليه فقال للرجال لبس الحرير وتحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل
واستدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وهو عام في
الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء الحديث احرفان قيل الحديث الدال على حله لمن
اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع
عندنا او لعلم التاريخ فيحمل المحرم منا حرا بلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه يعرف بدليل
استعلم من اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك اية قاطعة على
ناخر فينسخ به المحرم وتدار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان اشارة الى جزئين فمن اين العموم اجيب بان الحد الجنس لين كان شخصا
فيعم ملحق به بالدلالة وقوله ولا يلبس يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وقوله
لهما العمومات يريد به قوله اني عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة
وما روي عن عمر انه استقبل جيشا من الغزاة رجوا فيهم ولبسوا الحرير فلما وقع
بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لانه لا يلبس هذا لباس اهل النار
والمرفعة اليم وساذة للاتكاء وقوله والجامع كونه نموذجا يريد به ان المستعمل لهذا
لهذا المقدار لان ما وعدله في الاخرة ليرغب في تحصيل سبب يتوصل اليه
وقوله وكذا مسدي بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف
حيوان في المآل وجعله وجه من المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو
الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة
لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا
ولحمته غير ولا باس بلبسه في الحرب وغير لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات
وصفين يضاف الى اخرهما وجودا والمحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو
مباح في الحرب للفرون وهو اتباع الهيبة في عين العدو ولو بقه ودفع معرة
السلاح والضرون في غير ان يكون ملبوسها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله
لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج واللحمة روى هشام عن محمد انه ما كان
يرى باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات
يوم وعليه رداء قيمته الف درهم ورقما قال الصلق وعليه رداء قيمته اربعة
الاف درهم وابو حنيفة كان يرتدي بردا قيمته ابعاية دينار وقد قالوا لله
تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده قال ولا يجوز للرجال

التحلي بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
يعذب حراما ان على ذكورا امتي لانوثه حيوا الواحد ابما رض قول الله تعالى
قل من حرم زينة الله الاية ولا يعيد لان التقييد نسخ والجواب انه مشهور
متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله وفرط في اباحة ذلك
اثار هو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصرف منه
ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ انه كان له خاتم فرضه
ونقشه محمد رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ
فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام امن كل شيء من معاذ حتى خاتمه نهى
استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يد علي
السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي
ثم كان في يد عثمان حتى وقع من بئر في البير فانفق ما لا عظيما في طلبه فلم يحن
ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لاداة الحصر
به ومن الناس من اطلق فيهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا باس به
كالعقيق فانه مباح تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحرام لبس له
فعل الحرام والحلال حوالة الكتاب يعني الجامع الصغير يريد به على تحريمه ولانه تحذ
منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة
الى قوله هذان حرامان وعن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البرا
ابن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته
ولكونه نوعا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الاخر والجواب انه منسوخ لحديث
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويحل قصه الى
باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله وعن ابي يو
مثل قول كل منا يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف بينهم من ذكر قوله
مع ابي حنيفة هكذا ذكر الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد والكلاب بضم الكاف
وتخفيف اللام اسم ما كانت عين وقت لهم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين
استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح
وصوه بالحرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعله على وجه التحر
تعويكون وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكن وهو تطيب التربع في الجلوس

شبكة الألوكة www.alukah.net

ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج من سفر عمد الى شحريفا له ورمى فشد
بعض اعضائه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تجنى امرأتي وان
اصابه قد اخل قال حانتني هذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى
الربيد وهي خيط التذكر يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم ... ليس يغني عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن المنفعال كالتهدار والتلعاب بمعنى
الهدر واللعب فصل في الوطي النظر والمس مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المرأة
ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاول على اربعة اقسام
نظر الى الاجنبية الحرة وطي الى من تحل له من الزوجة والامة ونظر الى ذوات
محارمه ونظر الى امة الغير قال ولا يجوز ان ينظر الغير الرجل الى الاجنبية
القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار
قوله عليه السلام المرأة عورة مستعورة اربع النظر الى بعض المواضع وهو
ما استثناه في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكذلك
استحسانا للكرنة او رفقا بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر
منها وفسروا ذلك على ابن عباس بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما وقوله ولان
في ابدا الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والاصل الرخاص وقوله
فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي لا تتبع
النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني ما لم تتبعها ان تيقنها عن
شهوة وقولها بصرها فانه احرى ان يودم بينكما اي يوافق قاله المغيرة بن شعبة
لما اراد ان يتزوج امرأة والخافظة للجارية كالخاتن للغلام يعني ان الخافظة والخاتن
ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق
النساء فلا يترك ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاختتان لانه مداواة ويجوز للمرض
والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاختتان
جاز الختان النظر الى موضعه قال ـــ وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم
الثاني من اصل التقسيم قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني سعد ابن معاذ المروزي
ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على
ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة
وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف انما علل بهذا التعليل في هذا الكتاب
وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والحاصل متعدد اما المذكور يكون
تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاستنجاء والركبة عورة
خلافا للشافعي استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة لاهل الظاهر

فانهم

فانهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما
والمراد بها العورة وما دون السرة الى منتهى الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام
ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه على العادة قوله لانه لا معتبر بها في
مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منتهى
الشعر عورة وقد روى ابو سعيد بن جواب عن قول الشافعي ودليل على كون الركبة
عورة قوله وايد ذلك الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي وقوله
وقد علله عليه السلام لجرهد جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل
معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر قوله لانها اي النظر والمس فيما ليس
بعورة سواء وقوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه
على هذا القسم الذي بين يديه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل
عدم نظرها اليه مستحبا فعدم نظره اليها واجب هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب
كالمتحقق غالبا الا ترى ان وجوب الحد بخبر الواحد والقياس يسبب عليه الصدق
وعليه الجمعة لاحتمال ان ابا حنيفة جوز الصلوة في السفينة قاعدا الا ان دوران
الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة
في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا للمظنة فقام
الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لانا لم نتظر
انه لم ينظر الا اعتبارا لعموم الغلبة وكانت الشهوة من جانبها فقط والتحق من
الجانبين في الاقضاء الحرج فوجب من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال ـــ
ونظر المرأة من المرأة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم جاز للرجل ان
ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة ان تنظر اليه من المرأة لوجود الجانسة وعدم
الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف
فيما بينهن متحققة قال صاحب الهداية اي في الحمام وهذا دليل على انه لا يمنعن من
دخول الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان
بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة
النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة
الى هذا اخرج من الرجل وتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والجياض والمرأة
لا تتمكن من ذلك الى هذا اشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني
لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف والاول اصح لان نظر
الجنس اخف قال ـــ وينظر الرجل من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام
نظر الرجل الى المرأة والمسامحة في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيل يقوله
من امته التي تحل له لا لان امته المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة حكمها حكم

الغير

في الحاشية

في النظر اليها لانه اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فيلتقيان بانتفائه والتعبير
هو الحاوي الوحشي وحفته هو بالذكر ان في الاهلي نوع ستر من الاهاب والقتر وقد
قيل هو الاهلي ايضا وقول ابن عمر الولي ان ينظر وقت الوقاع روي عن ابي يوسف
في الامالي قال سالت اباحنيفة عن الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه لتحرك عليها
هل يرى بذلك باسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر قال وينظر الرجل من ذوات
محارمه هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين
والعضدين من ذوات محارمه جايز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي
رحمه الله في القديم لا باس بذلك جعل حالها كالحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار
فاندفاع ان قال لا سراته ان على ظهر امي فلو كان له النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان
الظهار تشبيه المحلله بالحرمة وقوله والاصل فيه اي جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز
على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة
ذكر الحال واراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء اذا كان مفصلا اذا كان منهيا
عند فابدا المتصل ولي لقوله تعالى ولا القلايد في جرعة تعرض محلا وقوله وهي ما ذكر
في الكتاب يريد به الوجه الى الخ ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها
بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الراس
فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع القناص والعنق موضع القلادة والصدر
كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع
الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن
لانها مواضع الزينة وباقي كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة
فيه اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله او سماح لان اختلاف المشايخ في القسم
الاول في الزاهية بالنكاح فان بعض مشايخنا قالا لا يتصل المس والنظر بالمصاهرة سماحا لان
ثبوت الحرمة طريق للعقوبة على الزاني لا طريق النعمة لا مد لما ظهرت خيانته من الزوجين
تاديا والاصح انه لا باس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التابيد ولا وجه لقوله ثبوت
الحرمة طريق العقوبة لانها ثبتت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه ولا باس
بان يمس ماجازان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك
في المسافر واتقاء المانع وهو فور الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثنا
من قوله ولا باس وكلمة فوق في قوله عليه السلام فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة
المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا لكان لقوله تعالى فان لم تسافروا فتيمموا فاذا
جازت المسافرة لهن جاز الحلق لان في المسافرة حلق وقوله فان احتاج الى النظر
لان ركاب اي ركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان
المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل راس فاطمة ويقول

اجد مسارح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الامن عن الشهوة
ما امكن قال ونبظر الرجل من مملوكة غير هذا اخر الاقسام من ذلك كلامه
واضح وقوله عللها اي ضرب علة وقفا وهي راسها الذي وقوله خلافا لما يقوله
محمد بن مقاتل المباح الا الى ما دون السرة الى الركبة وجهه ما روي عن ابن عباس
انه قال ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا في موضعه المستور وتامل اهل الحرمين
وجه العامة ما ذكر في الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك
على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم والصحيح
انه لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد وفي الركاب والانزال
اعتبر محمد المضرورة فيه يعني التي لا مدافع لها وفي المحارم مجرد الحاجة الى الضرورة وقوله
ولا باس بان يمس ذلك اي المواضع التي جوزنا النظر اليها اذا اراد الشراء وان خاف
ان يشتهي كذا في المختصر واطلق في الجامع فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا باس بان
يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها ملتفين والباقي واضح
وقوله ولذا المحترز في الردي من الافعال ليغني من يمكن عن ان يمين نفسه احترازا عن
المحنث الذي في اعضائه لين وتكسر يا صل الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص لبعض
مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى والتابعين غير اولي الاربة من
الرجال قيل هو المحنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به
الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء لمهانة بطنه وبه كلام فانه اذا كان شابا تخي
عن النساء واما ذلك تهمة اذا كان شيخا كبيرا مات شهوته والاصح ان يقول قوله تعالى
والتابعين من المشتبهات وقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم محكم فيا خذ به
واليه اشار المصنف بقوله فالحاصل انه يوجد فيه كل كتاب الله تعالى المنزل فيه
والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى والطفل الذين لم يظهروا على عورات
النساء اي لم يطلعوا اليها يقوون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله
ولا يجوز للمولى واضح وقوله والمراد بالنص الامر يريد بالنص قوله تعالى وما ملكت ايمانهن
وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي به قال سعيد بن ابي سعيد بن المسيب وسعيد
ابن جبير قال في النهاية اطلق اسم السعي ولم يقيد بالنسبة ليتناول السعي بن والحسن
وغيرهما سمع بن جندب لا يغرنكم سوق البوارها في الاناث دون الذكور ولان
الذكور يحاطون بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله
تعالى او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الامالي سيدها يستفاد
من قوله او نسايهن فلو حملت هذه الاية على الاماء يلزم التكرار وبان الاماء لم يكن مرادة
من قوله او نسايهن وجب ان لا يكون مرادة من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا
لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا اشكال على احد ان للانسان نظر ان سيدتها

كالاجنبيات والملك ان لم يرد توسعة فلا اقل ان لا يزيد تضييقا ويجب عن الاول
بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لؤمنة ان يتجرد بين يدي
مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس والظاهر انه اريد بنسائهن من بصحبتهن من الحرائر
مسلمة كانت او غيرها والنساكلهن في حل نظر هن بعضهن الى بعض سوا والمراد من قوله
او ما ملكت ايمانهن الاماؤهن والثاني بان حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تبيا فر
بغير محرم وكان ينبغي ان يباح لها التكشف بين يدي مثلها ولم يزل فصل
في الاستبرا وغرضه اخراج الاستبرا احترازا عن وطي مقيد والمقيد بعد المطلق يقال
استبرا الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل واطلاس موضع على ثلثة مراحل من مكة كانت
بدو قعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبرا واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه
فلحديث سبايا اوطاس الا توطا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة ووجه الاستدلال
به انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود الملك المطلق والبد
المملكة وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحدات الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص واما علته فهو ارادة الوطي لانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة
فراغه واما حكمه فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بالمحترم بان لا يكون من نفي وانما
قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الحامل من الزنا يحل وطيها حملا
للحال على الصلاح اما الحكمة فلا يصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه واما العلة ههنا فكذلك
لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لانه بعض من مستحدث الملك فلا بد بذلك تعيينا
للحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطي فان صحيح المزاج اذا تمكن منه ارادة والتمكن
انما يثبت بالملك واليد فنصب سببا واديرا الحكم عليه وجودا وعدما ليسر هذا في المسبية
ثم تعدي الحكم الى سائر اسباب الملك كالشرا والهبة والوصية والميراث والخلع فان جعلت
الامة بدل الخلع والكتابة اذا جعلت بدلا فيها فان قيل الموجب ورد في المسبية على خلاف
القياس لتحقق المطلوب كما ذكرتم فلا يقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا
فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه ص
او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المراة والملوك
الماذون له في التجارة ومن لا يحل له وطيها لكونها امته رضاعا او ورثها وهي موطوة
ابيه ولذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحدات الملك واليد ولا يحترز بالحيضة التي
اشتراها في انتابها وقال ابو يوسف يحترز بها لحصول المقصود وهو تعرف البراة ولا
بالتي حصلت بعد الاستحدات بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها اي بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب
استحدات الملك واليد وهي انما يكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح

وقوله

فصل

هذا الاستبرا غير واجب في سبايا دار الحرب ولا في الجارية التي لا توطا

الجارية ص

كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك لو كان بالقبض لم يكن فرجا حلالا للمشتري فلم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعد لعدم تجدد السبب قال لانه يقرب المظاهن وانت لمس هذه المسئلة ليست من مسايل الاستبراء لانها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما اضاف في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وعين وهذه من عين وقوله لان الحيض يمتد طهرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وبه نظر لانه ليشير الى ان الشطر هو النصف وتبقوي يدك استدلال الشافعي علينا بالحديث على ان الاقراء الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان اختان فقبلها هذا على ثلاثة اوجه اما ان قبلها او قبل احداهما فان لم يقبلها اصلا فان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء اشتراهما معا او على التعاقب وان كان قبل احداهما فان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلها للشهوة وقيد بقوله لانه اذا لم يكن لشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكر في الكتاب وهو مذهب علي عملا باطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان يقول احلتهما اية يعني قوله تعالى وما ملكت ايمانكم وحرمتهما اية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف ولا تعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للحرمة لا يقال يجوز ان يكون المراد الجمع بينهما نكاحا قلنا لا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطيا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح قوله وكذا الكتابة كالاعتاق فله كذا رايت وقوله في هذا اي في هذا الحكم وعلى الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزم استبراء جديد بعد التحرير ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطي الاخرى واجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا لزمه العقر بوطيها بجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له ان يطأ الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل ثم الرجل الى اخر واضح وعن عطاء ان ابن عباس سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم الخليل صلوات الرحمن عليه كان بكة فاتيل اليها ذو القرنين فلما رآه بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلد فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام وسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو منصور وفق بين الاحاديث فقال المذموم من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في اذار واحد خانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس به وعن سفيان تقبيل يد العالم

سنة

فصل

سنة وتقبيل يد عين لا برحض به ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروي انس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه 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 جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام **فصل** في البيع افرد فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطي لان الاولى مما تكمل به منافع بدن الانسان وهذا لما كان اكثر تعاطيا كان احق بالتقديم قال ولا باس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امراة وقوله لما مر من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له محوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة ودفع الحرج وقوله لما قلنا اشار الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة تناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ينبغي ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروءته او لوجاهته وقوله لان اكثر الراي يقوم مقام اليقين يعني وبما هو اعلم من هذا كالتزوج والدخال الا ترى ان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبر انها ابنته وسعه ان يطاها اذا كان ثقة عندي او كان اكثر رايه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على يمين ليلا شاهر سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكثر رايه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكثر رايه انه هارب من لص لم يحل له ذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك كدرج في يد فقير لا يملك شيا وكتاب في يد جاهل لم يكن في اباه من قوم اهل لذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فوافى اخر يبيعها يعني ان الاتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال الاخر وهبتها منك او تصدقت بها عليك فليس للاخر ان يشتريها منه حتى يسال عن ذلك لان الثاني للملك وهو الرق معلوم فيه فلم يظهر له دليل مطلق المتصرف في حق من راه في يده ان يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له راي لم يشتر ها القيام الحاجة الى المعاملة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امراة اخبرها ثقة بناء على ان القاطع اذا كان ظاهرا والمنازع لم يخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة يحتاج الى يمين وان لم يكن لا بد من ظاهر يعضد الخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع طاري فيه والاقدام الاول دليل على بقاء اصله فلم يثبت

المنازع

شبكة الألوكة www.alukah.net

اعرض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه
فوجه اخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير
فيها لا يسقط بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس
كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه والباقي واضح قال واذا باع
المسلم خمرا لاذمي واضح وروي عن محمد انه قال اذا كان القضاء والتقاضي بالخمر
فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بعد الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك
بقضايه وقوله ويكره الاحتكار الاحتكار افتعال من حكر اي حبس والمراد بحبس الاقوات
متربصا للغلا قوله فان لبس فوبكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله
ويتعدون عن القيمة يعدرا فاحشا بان يتنعوا فقيرا بابة وهو بتشديد الجيم يعني الطبيب
فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله بري الجرح لدم ضرر عام يعني الطبيب
الجاهل والمكاري للفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد
بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما
عند بقال ياخذ منه ماشا واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند
الوديعة فلا فرق حينيذ بين صورة الوديعة والقرض وبجوز ان يحمل قوله ياخذ
منه ماشا خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط ان ياخذ منه ماشا واما اذا
وضعه ولم يشترط شيا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيا مسايل متفرقة
التعشير جعل العواشر في الصحف وهو كناية عن العلامة عبد متنبي عشريات واختلف
في تفسير قوله جردوا القران فقيل المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة
نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم القران وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل
وقيل اليهود حث علي ان لا يتعلم شيئ من كتب الله غير القران لان عين انما يوجد
من النصاري وليسوا باميين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني في فصل
القراة من الصلوة وقوله ولا باس بعيادة اليهود والنصاري قيد بهما لان في عيادة
المجوسي اختلافا بين المشايخ فمنهم من قال لا باس به لانهم من اهل الذمة وهو الروي
عن محمد ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصاري الا تري انه لا يباح
ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصاري واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح
انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح قال
ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لا نه
في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغير لحاروج وهي بمنزلة يعولها فلا اب
فوهب لها انها لو قبضتا وقبض لها ابوها اوجدها ان ذلك جايز فلم يمتنع صحة قبض
الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فقد باب الاصابة من كل
وجه من وجه الولاية ومن وجه العقل والتمييز فثبت

ان عدم

ان عدم الاب ليس بلازم لما قالوا لو لقن فخر الاسلام واموال العنه ما يكون للمسلمين
لا للتجار قوله واجاز الصغار في اكثر النسخ وهو رواية القدوري وفي بعضها
ورواية الاطار وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط ان يواجر يناقض قوله
واجاز الصغار ظاهرا فمنهم من حملها على الروايتين فالاول على رواية القدوري
كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاطار
كما مر ومنهم من وفق بينهما بحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الغبطة في
النوع الذي يعد اجارة الصغير ونحو جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرر
وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كان في حجره وقوله ولو اجر الصبي نفسه
لا يجوز قال في الدراية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرنا يعني في باب اجارة العبد
وقوله ويكره ان تحمل في عنق عبد الباسه اياه الغلام على تحمل في عنقه علامة
يعلم بها انه لمن قال في النهاية واما الدابة بالمد ال فخطا كذا في المغرب قالوا
هذا كان في زمانهم عند قلة الاماء واما في زماننا فلا باس به لغلبة الاماء
خصوصا في الهنود وقوله بزيادة الدراوي احتراز عن الوازيد العشرين فانه
لا يباح وقوله وقد ورد باجازته اي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه
وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى لم يضع داء الا وضع معه دواء الا السام
والهرم والاسر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعد
على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته
على ان يرزقها من غير هز اذ ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغي ان يستعمل
المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفا بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما
اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء اخر يجوز الاستشفا به ومعنى قوله
ان مسعودا ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قاله ذلك
في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال ينكشف
الحرمة عند الحاجة فلا يكون التنقل بالحرام واما يكون بالحلال قال ولا باس برزق
القاضي اذا قلد السلطان رجلا بالقضا لا باس ان يعين له رزق ويطيب له الخبابة
لان بشرط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب
ابن اسيد الى مكة وفرض له اوقية اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون
درهما وتكلموا في انه صلى الله عليه وسلم من اي مال رزقه ولم يكن بوعيد الذاوين
ولا يثبت المال فان الذاوين وضعت في زمن عمر فقيل اعا رزقه من الفي وقيل
من المال الذي اخذ من نصاري نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس
هجر وقوله على اختلاف معروف في نفقة المراة يعني على قول محمد يجب رد
حصة ما بقي من السنة وعلى قول ابي يوسف لا يجب فاسوا على نفقة الزوجة

واجاز

عنه

اذا استحيا ت نفقتها لمنع قابت الزوج بخلاف ما اذا سقطت بالنشوز فانه لا يعني
عنه بحر ملا فالاولى وصفه بقوله ولا اجوا ان تسافر الامة الى اخر فتح فان
في الاستبعاد اما الاول فيفهم من قوله الفتح وقوله وقد ذكرنا بل يفهم الثاني
الى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله ولا اما الحر فيجوز لها الخروج
كما في المحاصر بالسيف احيا
مناسبة هذا الكتاب بعد الكتابة لان كلا منهما يجوز ان يكون من جنبات ان في كل
هذا الكتاب ما لا يكره وما لا بد منه كما سبق الاشارة اليه في الحظر والاباحة
الامام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وقوله
سنة مستذكرة في اثناء الكلام وسببه تعلق الانتفاع الخاص او العام بالارض
الحي ما احياه فلا يملك الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء او غلبة الماء عليه
او ما اشبه ذلك بان عجز عليه الرمال او صارت سبخة بالنون من الحيوان الذبح بالذبح
يسمى بذلك احياء وعمارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله فلا يملك بالاحياء لان المراد به التمليك
ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا الى العاد الملك جميعا ما في الموات ولكن مراده
ما هو مرجوحه كما ذكر في الكتاب وقوله فلا يكون مملوكا في الاسلام لا يصرف له ملك بعينه
قول بعض المشايخ وقال بعضهم الامام في الموات اذا لم يعرف احياءها في الفطرة وقوله
واذا لم يعرف مالكه من سمه قوله محمد وقول ابي يوسف رحمه الله على التوسيع على
يفهم من قوله قريبا وقول كل من احياه واضح وقوله وشاربناه يحتمل انه انما ذكر
لا يصب لسرع تفريع ان المشروعات على نوعين احدهما مضت الشرع والاخر ان
بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له والثاني
قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام قتله ابتداء فالقاتل
القول فكان ذلك منه عليه السلام اذنا لهم في قتلهم فيجعل كان يكون قوله عليه السلام
من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل فحاصله ان ذلك يحتمل الالغاء وبيان
ابو حنيفة مفسر لا يحتمل فكان راجحا وفيه وجه اخر وهو ان قوله عليه السلام
من احيا ارضا ميتة فهي له بدل على السبب فانه لو ترتب على سبق له عليه
السبق مع ذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول يذهب من
الثاني بيانه ان المشايخ اختلفوا في ان احياء الموات يبتنى ملك الاستغلال او ملك الرقبة
فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع
مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني
استدلالا لابي الحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملك لا يزول له
بالترك ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب

ابي

ابي حنيفة فيه نظر لانه حمل على كونه اذنا لا شرعا فيضعف بصح الاستدلال به والجواب
انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام
من قتل قتيلا فله سلبه ملك السلب من قتله وقوله لتعيينها لسطوته لانه حين كان
عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيا طريقه
من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال ويملكه الذمي بالاحياء المسلم
والذمي في تلك ما احيا سواء لاستوايهم في السبب والاستواء في السبب يوجب
الاستواء في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك المال المسلم
بالاستيلاء على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجر ارضا جاز ان يكون من الحجر بفتح
الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك
ومعنى الثاني اعلم تحجر الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاما التحجار ارضا
ولم يقدرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ
اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلاث سنين وقبل
لا يفيد وهو مختار المصنف اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل ومن الخلاف يظهر
فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين واحياه فانه يملكه على الثاني ولم يملكه
على الاول وجه الاول ما روي عن عمر ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين في الحق بعد
ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق
الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان
ذلك مفوض وليس بحجة وقوله من غير ان يترك المسناة هو ما يبنى للسيل ويرد الماء
وقوله ففي الاجير يريد حفر البير ورد الحبر وهو ما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من حفر من بير مقدار ذراع فهو متحجر وقوله لتحقق حاجتهم اليها
حقيقة يعني عند محمد ودلالة عند ابي يوسف وقوله على ما بينا اشار الى قوله
ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى اخر وقوله يجوز ان يقطع
الامام بتيا ما اقطع السلطان رجلا ايضا اي اعطاه اياها وخصصها وقوله لما
ذكرنا اشار الى قوله لتحقق حاجتهم اليها القطن ساخ الابل وبركها وقوله
الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة اذرع لفظا هو قوله صلى
الله عليه وسلم فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب
الاربع والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير
الاولى لئلا يحفر بجنبه احد بيرا خرى فيتحول اليها ما بين وهذا الضرر يندفع بعشرة
اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي مقدار الاربعين ذراعا
من كل جانب يتبقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله وله ما رويناه يريد به قوله
من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض

واعترض بانه يقيد بقوله عطنا لمناسبته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب
بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في استقاء الابار في البلوات هذا
العطن فيكون ذكره العطن ذكرا للجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وذروا البيع فيد
بالبيع لان الغالب في ذلك اليوم البيع ولذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون اموال
اليتامى الخ والوعيد ليس مخصوصا بالاكل ولكن الغالب عن امر الاكل فاخرجه على
ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف قال حدثنا اشعث بن سوار
عن الشعبي انه قال حزم البير اربعون ذراعا من هنا وهنا وهنا ولا يدخل
عليه احد في حريمه وفي مائه وقوله والعام المتفق عليه والعمل به يريد قوله عليه السلام
من حفر بيرا فله حريمها من تقييد العموم اولي عند ابي حنيفة من الخاص المختلف
في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حزم العين حسماية ذراع وحزم بير العطن
اربعون ذراعا وحزم بير الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من
حفر بيرا لعطن فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى واجيب
بان عطنا ليس صفة للبير حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين
ليكون رافعا لمقتضى القياس فانه يابى استحقاق الحزم لان على الحافر في موضع
الحزم استحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه للمالك تبعا فان قيل فاثره
في الناضح ايضا لحديث الزهري ليلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم
فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس لحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله
عليه السلام حزم العين حسماية ذراع وقوله والذراع هي المكسر يعني ان
يكون ستة قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها تؤخذ من
ذراع الملك وهو بعض الاكاسر بسعه وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في باب
الطاء من قوله بذراع الكرباس بوسعه على الناس فانها في المكسر قال
فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح وقوله ان يطلها اي يصلحها ويكسبه
من باب احمى زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كسبه وقوله
وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعد يعرف
نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله وبه
ورد الحديث يريد به ما روي ان رجلا غرس نخلة في ارض فلاة فحا اخر فاراد
ان يغرس نخلة اخرى بجنب نخلته فشكا صاحب النخلة الاولى الى النبي صلى الله
عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحزم خمسة اذرع والمالك الاخر فيما وراء
ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله ومن كان له
في ارض عين ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر الاخر
فتنازعا في المساة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحايط ونحوه فالمساة

لصاحب

لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب النهر لا يرد رفعها
اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف المساة لصاحب
النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر البير لا يحتاج الى مرية في كل حين
اما الانهار الصغار التي تحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر
في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبير يعني بجامع
الاحتياج فانا نستحسن الحزم للحاجة وهي موجودة في النهر كما في البير والعين فتثبت
الحكم فيها بمثله ولا ان القياس يابى ما ذكرنا يعني قوله ولا ان القياس يابى استحسان
الحزم الى اخره وفي البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا
يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحزم فيه اي في البير جواب عما يقال ذهب انه على
خلاف القياس فيلحق به بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى ان
بالاد في او المساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحزم فيه اي في البير
بمعنى انقلبت فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحزيم
ولا يمكن في البير الا بالاستقاء والاستقاء الا بالحزم فتعذر الالحاق وقوله وجه
البناء اليه قوله والقول لصاحب اليد مع حجتها وقوله وبعد ما استحقاقه الى اخره
من نصه ابي حنيفة وقوله اما صوبوا فلا ستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما
اذا كان البناء مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المساة ارفع من الارض
فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لمقاطينه وقوله يقضى للذي
في يديه ما هو اشبه بالمسارعة فيه هو الموعود بقوله على ما يذكره وقوله
والقضاء موضع الخلاف اي في مسئلة من كان له ماء في ارض غيره فاراد تركه اقضاء
ملك فاما اذا ترك صاحب النهر البينة بعد هذا على ان المساة ملكه تقبل بينته ولو كان
قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة قضاء لا يصير مقضيا له فيها
وقوله والانتفاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولها وهذا يدل على ان صاحب الارض
نقضه وذكر رواية الجامع الصغير انه ليس لصاحب الارض ان يحدث عليه اي على المساة بناء بل الحزم

ان الحزم يدعاصب النهر
بامساك الماء وهو واضح
وقوله والمانع من نقضه

فصل في مسائل الشرب

لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسايل الشرب لان احياء الموات تحتاج
اليه وقدم فصل الماء على فصل الكري لان المقصود هو الماء والسقاء اصل
سقيه استعملت الماء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالسقاء وجيحون نهر خوارزم
وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة ووصفه النهر بالكسر
والفتح خافضه وناصبه ثلث في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث لان الفصيح
في الكلام اذا اريد ذكر المعدود ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد وقوله
عليه السلام من صام رمضان واتبعه ستا من شوال الحديث والصوم

انما يتحقق في الابار كما في الليالي ولكن لما لم يذكر الحدود وهو الايار راسه وقوله عليه السلام مشتركا يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو المياض والعيون والابار والانهار واما الملاح وهو ما الاساق له فاما ان ينبت في ارض تخصها وابقه فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او باذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فمن اوقد نارا في ارض ليس برضاه لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بها من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوءها واما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرز الوقد ليس مما ينبت ينبه النزله وكلامه واضح وقوله الا انه يثبت ينبه شبهة النزله نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث توافق العمل بقوله تعالى خلق لكم الايه ويلزم بالعمل به ابطال الدليل بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر ذكره في المبسوط واكثرهم على انه ليس له ان يمنع في مثل هذه الصور لان الشفعة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر غالبا بخلاف ما نحن فيه فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان يأخذوا منه اي من البذر وله الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحاح اشار الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال باخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشرله تثبت في حق الشفعة لا غير والصحيح جواز ذلك للحرج وقوله لان ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتاخرين من ان له ذلك اذا قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر على ظاهر الحديث وقوله لان الماء يتبع دخل في المتاع اي ينبغي دخل في قسمة رجل بعينه وقوله براحته اي بالطمه تفصيل في ذكر الانهار لما فرغ عن ذكر مسايل الشرب احتاج الى ذكر مونة كري الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مونة الكري امرا زايدا على النهر اذا النهر يوجد بدونها مونة الكري كالنهر العام احر ذكره ووجه الحصر على الثلثة ظاهر وان يكون عاما من وجه واخاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات ودجلة وجيحون واما الاخيران فقد فصل المصنف بينهما باستحقاق الشفعة وقد مر ذلك فيها وقوله الا انه تخرج له اي الكري من كان يطمعه اي الذي يقدر على العمل ويحمل مونته اي مونة من يطيقه على الماسيما الذي لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه تخرج من كان يطيق القتال ويحمل مونته على

وقوله

وقوله ويقابله عوض يعني جنسه من الشرب فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله جيحون الايتاني يقال بتق السيل موضع كذا اي خرقه وشقه وقوله لما بينا اشار الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن سعيد البلخي وقوله فاستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو احياء في النهر الثاني فان من ابى من اهل بجير غلبه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الابي دفعا للضرر العام عن يمين وقوله ولا جبر لحق الشفعة جواب عما يقال ان في كري النهر الخاص احياء حق الشفعة للعامة فيلزم في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الابي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفعة وقوله قيل بعض المتاخرين من مشايخنا وفي ظاهر الرواية لا يجبر الابي على ما عليه اهل الشفعة وقوله وهو مونة كري النهر المشترك ظاهر وقوله فلا يلزمه انتفاع عين قال في النهاية الصواب يمنع عين لان الانتفاع في معنى المنع غير مسموع وقوله لهم لا لخصوص يعني فكانوا مجهولين فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه لما قرب فراغ بيان مسايل الشرب جمعه بفصل يشتمل على مسايل شتى من مسايل الشرب بحق وذكر دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله تترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مستعملا باجراء ماء فيه او لم تكن اشجار في طرفي النهر عليه اي على المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر وانه قد كان مجراه في هذا النهر فاذا اقاما يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول وحقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان البينات للاثبات كما ان الثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعيين في الامور المذكورة نظير اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع لسقيها فيتقدر بقدر معارض بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو لانتفاع بالماء وان له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر ما تحته اي في السكر من ارطال الى الماتحت ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا تأذى من ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر ان يسكر ما ينكبس النهر كالطين ونحوه اذا امكنه فرح او خشب او باب لكونه اضرارا بالغير ممنع ما فصل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء سدا هل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك تاهل الاعلى

صلا
كما لو امتنع جميع اهل شهر
عن كريه فانهم لا يجبرون ويخلى
الكري لهم اهل شفعة

ان يبكروا الا ان في السكر احداث شئ في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما لم يتفق حق
جميع الشركا وحتى اهل الاسفل ثابت ما لم يرو وافكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر
وهذا معنى قولا بن مسعود اهل اسفل النهر امرا على اهل اعلاه حتى يرووا الا ان لهم
ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لوعك طاعته فهو ممن يترك
وقوله والثالثة والسابعة نظير الرجل الذي له جذع طويل مركب تركيب مغالق الابواب
وفي راسه معرقة ليثبت ليستغني بها والسابعة البعير يستقي من البئر والخشب ما يوضع
ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقطن فانه يتخذ من الحجر والآجر كوضع
لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتحدث في ملك مشترك فلا يكن الا برضاهم سواء كان منهم
او من غيرهم وقوله واذا كانت القسمة بالكوي الكوى ثقب البيت والجمع كوا بالذكوي
بالقصر ويستعار لمفاتح المالي المزارع والجداول فيقال له كوى النهر وعناه ليس له
ان يوسع الكوة وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه
اي من فم النهر وهذا تقدير اتقاني والعين للاحتياط وصوب هذا اذا كانت الالواح
التي بها الكوى في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر
ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله تسفل كواة اي يجعلها اعمق مما كانت وهي
في ذلك الوضع اويرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني
من حيث انه يريد في الشرب ما ليس منه حق في الشرب ويزيد من الماء ما ليس
له حق في المرور وقيد بقوله ساقيها غير ساكن صوب الدار لانه لو كان ساكن الدار من
واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله ولنا اذا اراد ان يقسم الشرب
مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في
حصتي سددت مابدا لي منها واسنت في حصتك فتحتها كلا ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة
بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماني القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة ووما
يضر ذلك بصاحب السفل وقوله لانه ادعا ان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من
الشرب من الشهر ليعد رجل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته
باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شا وقوله والشرب مما يورث ويوصي
بالانتفاع بعينه ما على الله الورثة خلفا الميت فيقومون مقامه في ملكه وحقوقه
وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين
والخمر يملك بالارث وان لم تملك بالبيع ونحوه والوصية احق الميراث وقوله بعينه
احتراز عن الايصا بجميع الشرب كما يذكر والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بتي
من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع
وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعوا ما اذا لم يكن قصاص
فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجود الاختلاف

فان

قال العلما اختلفوا في كيفية قضا الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك
ان يقال للغرمين ان العلي لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم تشتري هذا الشرب
وقال بعضهم يقوم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب
فينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة
الشرب ومنهم من يقول تخارصوا وتجمع ذلك المابنه في كل سنة ثم يبيع المالي الذي
جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المصنف ما ذكره في الكتاب وقوله
او نحوها ما قال في الصحاح نحوت الارض اي ارسلت المابنه وقوله لانه غير متعد فيه
يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا تسقي
مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقبل ان كان جار تقدم اليه بالاحكام ضمن
وان لم يتقدم اليه ضمن اعتبارا بالحايط المايل كتاب الاشربة
ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لتاسته
لاحيا الموات ومن مناسبته بيان حرمته اذ الاشتغال في حسن تحرم ما يزيل العقل الذي
هو ملاك معرفة الله وشكر نعمائه فان قيل ما بال الامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك
اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر كرامة لنا من الله
ليلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتدا والدواعي للذكور
موجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تبن اذ ذاك واما التدريج للصارفي ليلا
ينفر من الاسلام ويسمى هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام
منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكم كل الاشربة المحرمة اربعة الاشربة
المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته
للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس يريد به مالكا والشافعي وقوله فيما
ذكرنا اشارة الى التي من ماء العنب وقوله في غير اي واشتهر في غير التي من ماء العنب
اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر للمثلث والطلا والباذق والمنصف وقوله وان حرمة
الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي يثبت
الا بقطعي وكون التي من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غير فان فيه
اختلافا بين العلما وادنى درجات الاختلاف اسرات الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما
يدل عليه ظني وقوله وانما سمي يعني غير التي خمرا لتخمر اي لصيرورته مسكرا كالخمرة المخامرة
جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل وان سلمنا انه مستق منه لكن لا يبالي اختصاصه
بالتي من ماء العنب لجواز ان يكون المشتق مخصوصا فان اللحم مشتق من لحم اذا ظهر ثم هو خاص
بالثوباء والقارورة مشتق من القارورة تستعمل في الكوز وان وجد فيه القار فانظر
كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به مسلما خمر روي عن يحيى بن معين انه قال
الاحاديث الثلثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الانكاح لا يولى

وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضا والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين
اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث
وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اي يريد بيان الحكم يعني اذا اسكر التمر فحكمه
كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللايق بمنصب الرسالة
المرتفع وعنا لبيان الشرايع لا لبيان الحقايق وقوله وقيل يؤخذ في حرمة الشرب
لمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يوخذ بقذف الزبد احتياطا ايقاظا وقوله وهذا
اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر ان كان قايلا بحرمة السكر منه لانه مجمود الثواب
يعني قوله تعالى يا ايها الذين اسوا انما الخمر والميسر الي قوله فهل انتم منتهون وقد
ذكرنا دلالته على ذلك في الاسرار في شرح منار في الانوار على احسن ما يكون فليطلب
ثمة وقوله وقد السنة متواترة معناه جاءت عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث
كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها
متواتر شجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله وهذا من
خواص الخمر يعني دعا القليل الى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب الا وله آفة
في الابتداء او يزيد على اللذع في الانتهاء الا الخمر فان اللذع لشاربها يزداد بالاستكثار
منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني ما روي عن ابن عباس من قوله صلى
الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا بقصد
التعليل يعني الخامرة لتغطية اسم اي عين ما وقوله حلي لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة
اتلافها وقد اختلفوا فيه فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب
جيف عليه الشرب واما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله والسابع
حرمة الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاعطار في الاحليل
وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني بقوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم
الا باحدى معان ثلثة الحديث وقوله على ما قالوا قال الشيخ الاسلام خواهرزاده
لم يزل لمحمد انه اذا شرب عبد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال وجب ان لا يجب
عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بي وقوله
وللمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب
اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير
الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت
الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه
لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان
منصوبا لقال ايضا وقوله وهو التي من ماء التمر اي الرطب انما فسر التمر بالرطب لان
المتخذ من التمر يظهر اسمه بنبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف

على

على ما سيجيء وقوله وهو حرام مكروه اورد الحرام بالمكروه اشارة الى ان حرمته ليست
لحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من
قبل يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
وقوله والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة لا محالة وحرمت الخمر
بالمدينة وعنا على تقدير ان يكون المراد بالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل ارادوا التوبيخ
بمعناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعونه رزقا حسنا وقوله وقد بينا
المعنى من قبل يريد به قوله ولانه رقيق ملاه يطرب الى اخره وقوله فيحرم ان عند يعني
عند ابي حنيفة يجب بمنها لا مثلا كما اذا اتلف المسلم خمرا الذمي على ما عرف ان المسلم
ممنوع عن التصرف في الحرام وهو رواية الجامع الصغير وهي قوله وما سوى
ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلا
وهو الباذق والمنصف لبيان ان المحرم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في عين وقوله
وقال فيه يعني في الجامع الصغير قال ولا باس بالخليطين من التمر والزبيب اذا خلط ان
يطبخ بعد ذلك الى طبخه ويترك الى ان يغلي ويشتد والمحرم التمر الذي يقيب فيه
الضرس لجودته وقوله محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام
ليلا يجمع بين الطعامين ويترك جار جايعا يبيل باكل احدهما ويوثر الاخر على جار ثم لما
وسع الله على عباده اباح الجمع بين الطعامين وقوله قيل لا بحر هو قول الفقيه
ابي جعفر وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا يدعوا الى الكثير
قيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست بمحرمة مما هو اصل الخمر وقيل اشار الى قوله
عليه السلام ومن ذهب عقله بالنبيذ ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن
محمد مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف مذكور في النوادر ولنا ابي
لهما ان الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما اي لابي حنيفة وابي
يوسف وقوله ولان المعتمد اي المعتمل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا لما قلنا
فان قيل القدح الاخير ليس مسكرا على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم
ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وبه نظران الاضافة الى العلة اسما
ومعنى وحكما اولى والمجموع بعض المسكر والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه
على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله
انما يحرم القليل منه آي من الخمر جواب عن سوال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو
ان يقال لما كان المفسد وهو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز
ان يكون جوابا عن قولهم ولان في المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا

واضح

ماء التمر والزبيب

جاز

ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكنا تركناه لان الخمر لقتها ولطافتها تدعوا الى الكثير فاعطى حكم القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر يعني ليس بثابت لما بناه من طعن يحيى بن معين وغيره فيسلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي نصت عليه المائدة اذ هب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف لم يرما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه نجيحا وحميدا ناقلا له منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط اباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه اذ في طبخه اختلف المشايخ فيه واختار المصنف وقوله او يذهب منهما يعني ان يذهب الماء والطافته وان يذهب العصير والماء فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لان الماء لما بقي فان ذهاب الماء والطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ما يغلب اي على الظن والثبات وقوله لمتغيبا دي طبخه في رواية عن ابي حنيفة هي رواية الحسن بن زياد وانكرها المتقدمون من مشائخنا فقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول اذا كان العلم بما يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكر في الكتاب قال ولا باس بالانتفاع في الدباغ بجوار الخمر اصل العلم بالانتفاع في الدباغ وهو القرع والحبس وهي جرار حمر او خضر تعمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حبيتة والزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو الغبر والتغير وهو لغتية المنقوت لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم لتسع به توسعا على بعضكم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيا ولا يحرمه ولكن اشربوا فيما ان كان فيه حمرا بعد التعليم على ما ذكر في الكتاب وقال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الاشربة تشتد في هذه الظروف والتزفت تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فكذلك قولان وقال في الفرق ما النبي في الخمر تنجسه بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة كغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على احد الوجهين ما ذكر في الكتاب وقوله عليه السلام

نعم

نعم الادام الخل وهو بتناول المخلل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد بانبات صفة الصلاح من حبث التعدي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء ونحو ذلك واصلاح المفسد اذا لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للصالح يجوز انه يلوني معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التحرز ووجهه ان سلم انه على جهة التوصل المتطرق به اعدام الفساد وذلك بالاضافة جائز كتخليل اولى لما فيه من اخراج مال يصير حلالا في المآل هذا ظاهر وما بعد الا الحاقة فان قيل فما يصنع بقوله صلى الله عليه وسلم ولكن اريقوا حين سألها ابو طلحة عن تخليل خمراتنا وعندي ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يتخذ الخمر خلا لجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم فمعالجها ان تحرموا حول الخمور كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تقرر حكمه ما سبانه الظرف لا يحرم وتوضيحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال لما تحرك قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي ابن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون ويطعونهم قال نعم فقال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال ذرد ي الخمر وغيرها ما يبقى فاسفله ومعناه تحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به واما خص الاسبساط لانه لا تاثير في تخسين السعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا بد شايب الدردي ان لم يبكر خلا فالشافعي قال شرب جزء من الخمر يحد ولنا الى اخره واضح فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تغليظا للامر لئلا يقاس عليه الدوق مثلا للشراب هو يحكي قوله وان كان يذهب بعامة فعلى الخلاف حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية وكان محمد اولا ان ٥ العصير على النصف منه ما نصب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهب معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى ما كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كان يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلثا الكل وقوله في الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصيرا على ثلثة اثلاثك الى الثلث والثلثين فيكون الماشة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب بجعل كانه لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ ٥ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب من ستة ومن اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد

اولا ٥

ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكنا تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعوا الى الكثير فاعطى حكم القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك فلم يلحقه وعلى الثاني بطريق القرن وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ينبغي ليس بثابت لما بناه من طعن يحيى بن معين وغيره فيه سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي نصت عليه الما بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبيا لان ابا يوسف اول ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه نجيحا وحميدا باقيا لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط اباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه اذني طبخه اختلف المشايخ فيه واختار المصنف قوله او يذهب منهما يعني ان يذهب الماء والطافته وان يذهب العصير والماء فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء والطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء والا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباقي وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ما يصب اي على القطع والثبات وقوله لمنفي بادني طبخه في رواية عن ابي حنيفة هي رواية الحسن عنه واكثر المتقدمون من مشائخنا قد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انما ذهبت ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكر في الكتاب قال ولا باس بالانتفاع في الدباغ بجلود الميتة اذا دبغت لان بالدباغ زال عنها خبث الفم الانتفاع بها وهو القرع والحم وهي جرار حمر او خضر تحمل فيها الخمر الى المدينة الواحد حبيثة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والقير هو المقيور وهو المقتبة المقنون لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فاسلوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم لسع به توسعكم على بعض وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيا ولا يحرمه ولكن اشربوا فيه ان كان فيه حمرا بعد التعليم على ما ذكر في الكتاب وقال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الاشربة تشتد في هذه الظروف والتزفت تشتد في غيرها ربما يفضي بها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فكذلك قولان وقال في الفرق ما النجي في الخمر تنجسه بلا فائدة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة كغير الخمر وليس فيما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليلنا على احد الوجهين ما ذكر في الكتاب ولما قوله عليه السلام

نعم

نعم الادام الخل وهو يتناول الخل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التعدي به وكسر الشهوة ولسكين الصغار وغير ذلك والصلاح المفسد اذا لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله ولذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المحلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمحلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه الخمرية وجمعه لا نسلم انه على جهة التوصل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالمداواة جائز بالتخليل اولى لما فيه من اخراج مال يصير حلالا في الحال هذا ظاهر وما بعد الا الخاتمة فان قيل فما يصنع بقوله صلى الله عليه وسلم ولكن اريقوها حين سالها ابو طلحة عن تخليل خمرتنا وعندي ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يتخذ الخمر خلا يجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم تعاطيها ان حرموا حول الخمور كما حرم الانتفاع في الاوعية المذكورة مع تقرر حكم ما سابان الظرف لا يحرم وتوضيحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما ترك قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي ابن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون ويطيعونهم قال فهو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال ورد بالخمر وغيرها ما يبقى فاسفله ومعناه تحريم شرب ورد الخمر والانتفاع به واما خص الاديم بالاستثناء لانه للتاثير في تحسين السعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يجد شارب الورد ان لم يبلغ غلا فالشافعي قال شرب جزء من الخمر يوجب الحد ولنا الى اخره واضح فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تغليظا للامر لا يقاع حد الورق بجبال الشراب هو يعني قوله وان كان يذهب ثلثاه فما في الحد حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية وكان محمد اعلم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهب ثلثاه فصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كان يذهب ثلثاه فانه يطبخ حتى يبقى ثلثا الكل وقوله ففي الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان تجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصيرا على ثلثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كانه لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب منه ستة ومن اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد

اقول لعله

وهو تسع الكل وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء العصير معا يطبخ حتى
يذهب عشرون ويبقى عشر لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي
ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما الوصف الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله كل
لانه اثر النار شامله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثاه احتاسه وبقي حساء ثم قطع عنه النار
قبل ان يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا فبقوة النار فان
الذي بقي من الحوائج بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فصار ما لوصار مثلثا ابتداء سواء
وهذا بخلاف ما لو برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل
لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر تلك النار فصار ما لوصار مثلثا ابتداء وتحته سواء بخلاف
ما لو برد قبل ان يصير مثلثا لا يكون لاشتداد النشة وحين اشتد صار محرما وقوله ما بقي عشر
ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل
الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم يذهب منه شيء تسعة ارطال
فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان
يبقى عليا بقي اتساعا فاذا ذهب منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه
حتى يبقى منه الثلث وهو طلان وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة
ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو طلان وتسعا رطل
وقوله ولها طريق آخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ
ليذهب الحرام ويبقى الحلال ثلثا عشر ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل
وثلث حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة
ارطال والحلال منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا
اريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام
وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا
طلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة اخماس فاحتاج الى
حساب لثلثه وللثلاثة ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد ابقى
منه ثلثه وهو عشر فيبقى عشرون وهو طلان وتسعا رطل والله اعلم

كتاب الصيد مناسبة كتاب الصيد لكتاب

الاشربة لحرمتها اعتبارا بالاحتراز عنها ومحاسبة محاسن المكاسب وستة مختلفة باختلاف
حال الصايد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون لاظهار الجلادة وقد يكون للتفرج والصيد
مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام وكان الصايد اما ان يكون محرما او لا فان
كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فذلك
ايضا حرام اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصايد وهو ان يكون من اهل الذكوة
وان يوجد منه الارسال وان لا يشارك في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية

عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما
وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله
جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات
الماء الا السمك وان لم يمنع نفسه حاجته او قوائمه وان لا يكون تعقر بابيه او بحليه وان
يموت بعد قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وبيد تسامح كان
هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو اشتغى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل
آخر لكن اذا رآه حيا فذبحه ولكذا اذا لم يمت بهذا الشدة ذبحه فانه صيد وهو حلال
وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا فان اداني مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر
ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم
الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر ما هذا اصل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله
عليه السلام لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم ير خلاف احد في اباحته
فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال
بالمعقول فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان لذا الصيد
هنا جيوان وفي الرمي جماد وللفاعل تقدم على المفعول قال وجوز الاصطياد
بالكلب المعلم بجوارح الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسايرالجوارح
المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذيب والذب والخنزير لكن الخنزير لكونه
نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يشتبه والباقي ان
لكن تعليمها جايز والاصطياد بها لكنهم قالوا لا يكون تعليم الاسد والذيب لان من عادتها
انها اذا امسكا صيدا لا يأكلانه في الحال والتعليم انما يتحقق بترك الاكل فعلم انه يترك
عادة او تعليما ولان التعليم لا يمسك للغير والاسد تعلموا منه لا يفعل ذلك والذيب
لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحداة بالذيب لمعنى الخساسة
واما اورد وابة الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة
من ضروي الناب والمخلب فان روايته العدوري تدل على الاثبات لا غير وروايته
الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد
بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله
احل لكم الطيبات فصل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم
لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا
قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسالونك ماذا احل لهم
فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكر على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما
علمتم من الجوارح شرطيه وجوابه فكلوا اما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض

المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تاويل لانه في تاويل اخرجي التي تخرج من الجارحة والكلبين يعني المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان اتاديب غالبا في الكلاب استق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الا صطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف على صحة التاويل بعموم حديث عدي ابن حاتم وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان اية تعليمه ترك ما هو من الوفه عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتي في الفهد والنمر فانه مستوحش كالباز ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكر فرقا بين الكلب والباز لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار قيل اراد به موسى حكاية مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنسها الى اصل ابي حنيفة في جنس المقادير كحد جنس العظم وحد المقادم وتقديرها علت في شرح مائة البير المعينة وقوله انه سليمه عند اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يعلم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا علمنا انه يمسكه على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه بفعل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب والباز الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل غيرها اولاها اولا وهو قوله والجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون خارجا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب معنى عم في معنى الاية بين التاويلين لوجود التناسب بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينها تناف يحمل على احدها بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينها تناف يثبت الجميع احوط بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما وبه نظير ان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح التي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز غير جائز بخلاف قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالواو التي في قوله وفيه اي في الجارح الكاسب اخذا باليقين وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني ما سبق من الكواسب وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا شفاء بدمها وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي

في قوله

في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي بن حاتم فان قيل روي ابو ثعلبة الخشني انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى وكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يوكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه يوضح قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء اراد ما ذكره بقوله فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وما اصطاده ما الى اخره وقوله واما الصيود التي اخذها من قبل واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يوكل ان ابا حنيفة يحكم بحله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما اخرجه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد اخر مثله بعد والجواب ما قال ويبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل وبذلك ينقض باجتهاد اخر لتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صيوده المعدودة والحكم فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البايع والمشتري على حياة الكلب وقوله ولو كان صغيرا فمر من تحته فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانقطاع الارسال ومسلط الروبه في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وقت فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قبل فان الصيد كما حرم عن الصيد به باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا مسلط واجيب بانه اذا لم يتفرغ بالاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه واما سقوطه عنه ومن لحم اخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه قال واذا ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان يمكن من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يوكل سواء كان الحياة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذا الحكم الباز والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم تثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الالة وضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحيوة فوق ما يبلغ في الذبوح والا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعند ابي حنيفة وابي يوسف انه يوكل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على استعماله ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه يثبت يد على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اثباتها اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدخ والناس يتفاوتون فيها على حسب

تناولهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن
في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فاذ دبر على ما ذكرنا من ثبوت
اليد على الذبح وان لم تكن الجيوش فيه فوق ما يكون في المذبوح بان كانت بعقد ما يكون
فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة
لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يد على الذبح
ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الجيوش فيه فوق ما يكون
في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط واذ كان لضيق الوقت
لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يفرط وعلى الاصل قلنا
يفرط وكان حلالا وقلنا وقع في يد وهو حلا لحقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة
الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الجيوش فيه فوق ما يكون في المذبوح يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي عدم يكون في المذبوح بمنزلة
القدر يكون الصيد في حكم الميت والزايد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه فكان عدم
التمكن متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون
الذكوة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لان ما بقي من اضطراب المذبوح فلا اعتبار كما اذا وقعت
شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل وهو قول ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي حنيفة
فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع في يد حيا فلا يحل الا بذكوة الاختيار ورد الى المتردية
اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرناه انه لا يؤكل عندنا اذا شق بطنه واخرج ما فيه
اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عندنا وكذا المتردية والنطيحة
والموقوذة والذي تقرأ شق الذيب بطنه وفيه حيوان خفيفة او بينة
اذا ذبح حل عندنا وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير
فصل وعند ابي يوسف لا بد من حيوان بينة وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم
يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حيوان بينة وهو ان
يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر
بهذه الحيوة على ما قررناه اشار الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي
اضطراب المذبوح فلا يعتبر بهذه الحيوة وقوله ولو ادركه ولم يأخذ يريد الى
ان المسايل المتقدمة كانت فيما اذا اخذ الصيد وهنا ادركه ولم يأخذ وقوله على
ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في يد حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد
يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل يعني ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي شرط
التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجمع بالنسبة الى المقصود
سواء قال قبل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر

الصايد

الصايد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط
اعتبار وقوله على ما بيناه في اوايل كتاب الذبايح حيث قال يشترط عند الارسال
والرمي وقوله ولهذا اشترط التسمية عند اي عند الارسال وقوله فيلحق
حالة الحرمة فضاي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام
الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ
والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح
وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تعود بالجرح والثالث ما لم يشتركا
في شيء واحد لكن الثاني استدرك حل على الاول حتى استند على الصيد وفيه الاباحة
لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد واما اثر في الكلب المرسل دون الصيد
فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى البيع قال
واذا ارسل المسلم كلبه فزجر مجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى
والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله
لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لسانه عليه وتوقف بالحرم
اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزا واجيب بان الجزا في الحرم بدلالة النص
فانه اوجب عليه الجزا بما هو دونه وهو التالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا
ارسله مجوسي فزجر مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون
الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة
اسرع ثبوتا لقبلية الحرمة على الحل دايما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم
وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل
الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان
دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف
فاستويا فصل الزجر ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله وقد اي جرحه جراحة
اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسلة وهو اشارة الى
الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الانخان
الذي اخرجه من الصيد فكان الواجب ان لا يحل اكله لانا الصيد بعد الانخان
ملحق بالعدم واصل فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه انه متعذر رفعه وما تعذر
رفعه تقرر حكمه وقوله بجرح الكلب الاول يعني انه لا يؤكل لان الصيد بعد
ان جرح من الصيدية كانت دكوته بعد الذبح في الذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب
في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة فصل
في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان الآلة الجمادية
والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حتى صيدا فرماه او ارسل كلبه او بازيه

شبكة الألوكة www.alukah.net

فاصاب صيدا طبيا مثلا فان تبين ان المسموع حسة آدمي او بقرا و شاة لم يحل الطبي
المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم تتعلق به الاباحة وصار كانه رمى
الى ادمي عالما به فاصاب صيدا فانه لا يؤكل وان تبين ان المسموع حسة صيد احل المصاب
اي صيدا كان المسموع حسه يعني سواء كان اللحم مأكولا او لا بيان انه قصد الاصطياد وعن
ان المسموع حسة اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتعلق التحريم الاثر اية الاباحة
في بني عمه بخلاف سائر السباع لان الاصطياد يؤثر في جلد و زفر خصه اي
من جملة المسموع حسة ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي
سواء وجه الظاهر ان الاصطياد لا تختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول
وغيره بالنسبة اليه سواء اذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا ٥
والاصطياد فعل مباح في نفسه بغير اباحة المصاب لشرط قبوله الاباحة حتى
لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا
مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله يثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهائم
والطيور وان كان مما لا يحل تناوله يثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا
واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالحل ليس بخارج لدخل ذلك واذا وقع اصطيادا
كان كانه رمى الى صيد فاصاب غيره و قوله وان تبين انه حسة ادمي قد مناه انفا
و قوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا
قالوا الجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشد وديا لو تناقى بمنزلته
اي بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا حل ترجح جانب القصد وبرئ به
يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله وفي
اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة بهما يتبرأ الى ان كون ما تبين حسه من الصيود من
شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذكوة حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب
ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سلحفاة لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا فظنه ادميا ورماه
فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا عبرة بظنه ثم تبين كونه صيدا فان قيل
ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي قدمت وهي ان من سمع حساظنه صيدا فرماه
فاصاب صيدا ثم تبين انه حسر ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد رمي
الادمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الادمي ليس باصطياد وتحل المصاب والفياس
اما شمول الحل او شمول حرمه او انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه لما حل ٥
المصاب مع اقتران ظنه بانه ادمي فبما اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى او لانه لم يقع
فعله اصطيادا نظرا الى قصد فلا يحل المصاب ههنا كما لو لم يحل ثمة او لم يحل ههنا
نظرا الى قصد وحل هناك لذلك اجيب بان الفرق بما اشار اليه بقوله لانه
لا عبرة بظنه مع تبينه اي تبين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى اباح سببه

غير

غير المسموع حسه وكان قصد الى المسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها
الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن
فعله اصطيادا واصل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام
فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا
على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يتبرد لك ظنه الخا
لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع بحقيقته فعله كان الظن لغوا
فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد و قوله على ما بينا يعني في فصل الجوارح ٥
وكابد من الجرح في ظاهر الرواية الى اخر و قوله محامل التحامل في الشيء يتكلم
على مشقة وايضا لحاملت في الشيء و قوله حتى اصابه اكل فاذا وجد
وبه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجد وبه جراحة اخرى فليس له ان يأكله
لترك الكلب اولم يترك كما سيجيء لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والاخر يوجب
الحرمة فبلغت الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو
ما كان معه من الوحي والحلم حتى ظهر عقيب سبب محال به عليه كما لو جرح انسانا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحل قائلا قلنا لما وجد فيه جرح عين كان القتل
فيه موهوما والموهوم في هذا كالمتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام
الارض قتلته قاله حتى اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال لمن ائذن لك
لك هذا قالت رميته بالامس ولبثت في طلبه حتى جال بيني وبينه ظلة الليل
ثم وجدته اليوم ميتا وفيه سهمي وهو الوحي الصغير فقال عليه السلام ٥
لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل
على ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا و قوله لان احتمال الموت دليل معقول
على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا
استقطنا اعتبار ما دام في طلبه ضرورة اذ الاصطياد لا يجري عن ذلك ٥
ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن نوار يلون بسبب
عمله و قوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم
يثبت الغالب تحل يعني وان راى فيه اتسع واضح على ذلك بانه سمع اهل
العلم كذلك وكاننبي الامر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا
و وجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرمي فان قيل ان
كان ما روي عنه عليه السلام من كراهته اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة
عليه فقوله عليه لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه
عليه السلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان
خصوص السبب غير معتبر وانما لقتل الهوام عند الغيبة موجود فيلون

لعه ٢ نخالفاصح

حراما وقوله ولو وجده جراحة قدمناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم
يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد تخلو اعن دمي الغنم فاعتبر محرما بخلاف وحشي
الموام فان الاحتراز ممكن لان الصيد لابد ان يقع على الارض والارض لا تخلو اعنها
فلا يحل بحلها اذا لم يبعد عن الطلب قال ـــ واذا رمى صيدا فوقع
في الماء فمات فيه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سياتي
قوله وكذا السقوط من علو وفي الشيخ وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا
ومكسورا وقوله وان وقع على الارض اشتدادا يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله
كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء وقوله وذكر في المنتقى بريد بيان ما
وقع في الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او ميتا فيستفز عليها وبين
رواية المنتقى وصح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله
فاستفز عليها على غير حالة الاشتفاق وحمل تصحيح الائمة الترجمي رواية المنتقى على
ما اصابه حد الضمر فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه
من الارجح الا ما يصيد من الارض لو وقع عليه وذلك قصورا اذا وقع على الارض
وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان وحاصل ما نقله شمس الائمة
الحلواني ان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمل على غير حالة الانشقاق
وخرج ابو الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض
اهلوقد دل انه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير الماء في الماء وقوله وما اصاب
المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا فيثقب بعرضه لا بحد
والبندقة طينة مدورة يرمي بها وقوله وان لم تخرق بالرمي المجة خرق المعراض
اي تفدو بالراء المهملة خطا قوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه فجرحه
فان كان ثقيلا به حد مثل الرمح لا يؤكل لاحتمال ان ثقله قتله وان كان خفيفا
به حد مثل السهم والمروة مجردا بيض رقيق كالسكين يذبح به والسهم لعله عبيد
الا اذا كان المستثنى عز يزا نادرا ايذانا فانه ملحق في البدن حد السيف ودم قوله
قبل لاجل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون
بمعنى الذبح وقيل حل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجوب الذكوة بين اللبة
واللحيين والدم قد يحبس لغلظه او لضيق المنفذ وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه
يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال ـــ وان رمى
صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح
يبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو وان مكن حيوته بعد الابانة وان لم يمكن لاكلاه
وقال الشافعي رحمه الله وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكل
لانه مبان بذكوة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا

ابين

ابين الراس بذكوة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكوة الاضطرار
كقطع الراس في ذكوة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكوة الاضطرار ولقوله
صلى الله عليه وسلم ما ابين من حي فهو ميت وهو جه الاستدلال انه ذكر الحي
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان
من الصفة يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحيوان واما
حكما فلانه يتوهم حيوته ببدا بنة هذا العضو ولهذا اي وللونه جاء حكم اعتبه
النتوع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة يبقى الصفة لم يوكل لجواز ان يكون موته
بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكوة ذكر يجب عنه بقوله قلنا وتقويمه
سلمنا ان ما ابين بالذكوة يوكل ولكن الذكاة ههنا لان هذا فعل وهو ابانة العضو
حال وقوعه ليس بذكوة لبقاء الروح في الباقي على وجه يكن الحياة بعد اذا العضو
ذلك والجرح يعتبر ذكوة اذا مات منه او يكون على وجه لا يكن الحياة بعده ولهذا
لو وصل وفيه من الحيوة فوقع ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح
وان كان ذكر بالنسبة الى الصيد للفه ليس بذكوة بالنسبة الى المبان لعدم
تاثير في موته لتعذر الحيوة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكوة للمبان بتبعيته
الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا يتبعه يعني الاقل يتبع الاكثر
اذا لم يفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب
ظاهر وقوله والاكثر مما يلي النحر احترازا عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه
يوكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث
مما يلي النحر لم يقع الفعل ذكوة لعدم قطع الاوداج وان قطع يموته والجزء مبان
عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الراس وقد وقع الذكوة بقطع الاوداج
بنفسه فحينئذ لم يكن الجزء مبانا وانما في ظاهر قوله ولا يوكل صيد المجوسي
معناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل للذكوة الاختيارية
ولا بد منها في اباحة الصيد قال ـــ ومن رمى صيدا فاصابه ولم يعلم يحيده
اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان يرميا معا
او متعاقبا والاول على وجهين اذا رمياه معا فاما ان يصيبا معا او يصيب
احدهما اولا فان اصاب فاما ان يحيه قبل اصابة الثاني اولا والثاني كذلك
فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعده فان كان الثاني قاما
ان يحيه الاول او لم يحيه والاول بوجوهه وآلوجه الاول من الثاني غير مذكور
في الكتاب وانا اذكر ذلك بكلمة الافادة فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فعليهما
جميعا ويوكل ان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله لعدم حالة الرمي
فاذا كان صيدا لاحدهما فيمتنع فعل كل واحد ذكوة واصابة الرميتان معا

فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم
احدهما فاثخنه اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصاب سهم الاخر فقتله
فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر هو معتبر بحالة الاتصال والسهم الثاني
اصابه وهو غير ممتنع فصار كالوردى ساة ونحن نعتبر المحل بحالة الارسال لان
الاصابة بالمحل تثخنه ولهذا تعين التسمية حال الارسال والارسال قد حصل منهما
والمحل صيد لم يتعلق به الثاني خطر والملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل بسهم
الاول اخرجه عن حيز الامتناع فلذلك قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني
وهو ظاهر وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول
من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور في الكتاب
فقد اعتمد المصنف في بيانه ويشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله
ولم يوكل وقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري فانه
في الزيادات الى اخره بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يوكل لانه
احدى الرميتين تعلق بها الخطر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكر انه يعلم
من ضمان اللحم واما كان حكم صون الجراحة وهي ان لا يدري ان الموت حصل بايهما
كصون العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهر فيضاف اليهما
فلما ان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف
القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو سبب فيما يثبت ضمان نصف
القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان فيما
اذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب
في حكم الاباحة الى اخره يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله
نفسه والباقي الى اخره واضح كتاب الرهن وجه مناسبة
كتاب الرهن من حيث كونهما سببين لتحصيل المال من محاسنه حصول النظر
لجانب الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتسميته رهنا
ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب وسنذكر شيئا فشيئا ما تفسيره فالرهن
الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن
استيفاؤه منه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالدين وهو احتراز
عن ارتهان الحر وعن الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فبقوله
فرهان مقبوضة ومرجع رهن كعاد بشوط عبد وبما روي انه صلى الله عليه
وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه والاجماع فان الامة اجمعت على
جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفا فتعتبر الوثيقة
في طرف الوجوب وتعريف ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفا

اولا صح

لانه

لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة بطرف الوجوب
الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائز فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل
بطريق الاولى لان الاستيفا هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال
الرهن ينعقد بالايجاب والقبول دون الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك
هذا المال بدينك علي وما اشبه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد
والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقالوا اراد به
شيخ الاسلام خواهرزاده الركن الايجاب لمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك
يتم بالمتبرع فالرهن تم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب
بدلا ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل
ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة ووجهه نظرا انه استوجب عليه حق
صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يلزم
اشدا والرهن ليس كذلك قوله والقبض شرط اللزوم كما انه تسليم فقوله
القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبدليل زفر وهو ايضا
احتيا شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا
مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي
في مختصره والرهن الا مقبوضا غير مجوز وقال الطحاوي في مختصره والرهن
الذي لا مقبوضا مفسوخا مجوز وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر
وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك
يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه
عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان
والصدد المقرون بحرف الفا في محل الجزا يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن
كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اي فليصم وكما في قوله ومن قتل مؤمنا
خطا فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر
ولم تجدوا كاتبا فارهنوا الوفا وتقوا الكن ترك لو ندم معمولا به في حق ذلك حيث
لم يجب الراهن على المديون ولقوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه
وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الخطة بالخطة مثلا بمثل يا نقصان اي سعوا
فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فيصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال
الربا فكذا هذا وبيد تحت من وجدا ولما قيل ان للمصنف حمل الرهان مصدر
ومرجع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فيصرف
الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض لما كان شرطا للجواز والدوام وسلم
ذلك فقد ارتفع النزاع ولاجاجة الى الدليل الرابع ان الآية متروك الظاهر

وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع قال ولا تعتد بنزع دليل معقول
على اشتراط القبض وهو واضح وقوله لم يكتف به التخلية بريد بها رفع المانع وجه
ظاهر الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن فيض موجب للضمان ابتداء لم يكن
مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه
لا يكتفي فيه بالتخلية كالقبض في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذا الرهون
وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة
ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك ينتفي التبرع فلا يعقد الرهن الا بالايجاب
والقبول وعلى هذا رواية الاصل كالمنتقى والمحيط وغيرها بخلاف الشراء حيث اوجبوا فيه قبل نقد الثمن
الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري مضمونا على البائع
بالثمن الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع
بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء قوله
والاول اي وجه الظاهر واضح لان الرهن توثقة بالحق لا استيفاء حقيقة لا سيما فانت
بالتخلية بان خلى الراهن بين المرتهن وبين الرهن توثقة بالحق لا استيفاء حقيقة لا سيما فانت
وما ثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر
وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له اذ لا فلا يكاد يبين قال
فاذا قبضه المرتهن قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص
يعتبر بتمامه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا ممنوعا
مميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن الشيوع على ما سنذكره وقوله
ممنوعا احتراز عن عكسه وقوله مميزا عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على
هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا
ان اللزوم او الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا
قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط شيء من الدين
بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلثا
لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير
اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليتوادى به الصيانة فلو سقط
الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما تلف فرسه
الرهن عندك ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا بالقابل المراد به ذهب حقك من
الامساك او من المطالبة برهن اخر لان الاول شاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس
بحق له فلا بد ذكر الحق في اول الحديث مثل ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه
فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك
فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الاول لما في الهداية وبه نظر لان احدهما

كلام الراوي والاخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم ومثل ذلك ليس من القاعدة
المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقفا عند المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم
وعلم بعلم ذلك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت
قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك
قالا يكون الرهن بما فيه على هذا التاويل عن ابي حنيفة وقوله مع اختلافهم في بيعته يعني
انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في بيعته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه
انه مضمون بقيمته قد روي عن عمر وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من
قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه
مضمون بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بانه
امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس
الكلي بان يصير ملوكا له لان اذكن الكرخي عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما
وقال مالك وتفسير ذلك بما يروى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل
عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل كذا والا فالرهن لك بما فيه
فهذا بيع صحيح وكاجل وهذا الذي نهي عنه فان صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله
له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد
ابن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن
بثمن فيه فضل عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بنقصان عن الدين اخذ
المرتهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب
وتقرير الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن
لغة يبنى عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة
بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد علقا ارادت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه
عندها على وجه لا يكن فكاله ولبس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم
فيثبت الدوام فما فهم من قوله لا فكاك له الا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام ونابد
بمعنى الفكاك دل انه يبنى عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لدام بمعنى ما يعترضه
بل كان الدوام ثبت باثبات ما بوجبه فثبت ان اللغة تدل على اما الرهن عن الحبس
الدائم والاحكام الشرعية تعطف على الالفاظ على وفق الاتباع فيكون لفظ الرهن في
العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم والمقتضى للعدول عنه ولكن
هذا لقضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن
موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس لينع
الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن لان قيمة الرهن قد تكون اكثر من الدين

عنه

ولكن عاجزا عن الانتفاع به يحتاج الى بيعها لاقل لتحصيل الاكثر والصحيح عن
المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس يفيض اليهما قوله
واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه
لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد تحصل بعضه وقد تتقرر بالهلاك لاحتمال
انتفاء البعض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثابيا ادى الى تكرار الادا بالنسبة الى
اليد وهو بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء اي الذي
بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الادا فان قيل فاصل الهلاك كالرد في نقض الاستيفا
فانه لا تتقرر استيفا الثمن بل ينتقض الاستيفا اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن
رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف
المرتهن الدين على وجه لا يودي الى الربوا وهو ان يستوفي في رقبة ابدا اجاب
بقوله ولا وجه الى الاستيفا ثانيا في هو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد
لانه غير متصور وقوله والاستيفا يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفا
لكان اما العين الدين او بدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين والاستيفا
الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن سدل الصرف والمسلم فيه جايز
ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله لانه ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه
من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفا من حيث الصورة بل
هو من حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وفيه
بعد مماته ولذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرا ان اشترا المرتهن لما تقدم في
الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع لانه
من جنس الدين مالية والاستيفا يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي
رحمه الله وثيقة بالدين ويعد الوثيقة يراد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد
ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفا كما ذكرنا وذلك يحقق
الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانها توجب الدين
في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته
كما في الحوالة فلا يتعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا اللوازم
الضمنية وتوقف ينقض اجمالي وقولهم ان للمتاجر بعد الفسخ مجوس عند المتاجر بالاجر
المعجلة بمنزلة الرهون حتى اذا مات الاجر كان المتاجر احق به من ساير الغرما ثم اذا
هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المتاجر بعد فسخها ليست بيد استيفا لان يد الاستيفا
هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المتاجر لا ستيفا المنفعة لا الاستيفا الاجر
من المالية فكذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرما لانه

كان

كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفا المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق
استرداد الاجر وقوله فالحاصل الى اخره واضح قال ولا يصح الرهن الا بدين
مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين يجب
كالمرهون بالدرك وهو ما ان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت
يد الاستيفا كما تقدم والاستيفا يتلو الواجب واما صحته بالدين الموعود فسيجي الاشارة اليه
وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان
المضمون بانفسها كالمغصوب والمنصوص على سوم الشرا وقيد بقوله بانفسها احترازا عن
غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول يصح على حالين والثاني
ان يكون بعين مضمون او لا والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات
والشركات والاول اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمة
ان كان متقوما او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد
البايع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون فشكل
عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة واجاب المصنف بقوله
ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين
مخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة به اي بالعين المضمون بنفسه وقوله ولئن كان
لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك تجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر
قيمة يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجوب سببه جواب
على ما اختاره بعض اخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد وكان كالموجود د
فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بانه صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها
تصح بدين سيجب كما لو قال ما داينك فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله
ما داينك ليس اضافة للكفالة لانها تصح ان يقال قولك دون الرهن يريد به
دينا ما انعقد سبب وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كالمنافيه وان
كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا
على كل من التحريرين اما على الاول فتقرير ولكون الوجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل
الحوالة للعين بالعين المضمون بنفسه هلاكه ولو احال على الغاصب فهلك المغصوب
لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة لما كان القيمة كان هلاك
العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني
فتقرير ولكن سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلته كالموجود بهلاك العين تبطل الحوالة
بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب
الوجوب قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل
اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ العدو ي

باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث
وكلامه واضح وقوله يتراد ان الفضل يعني ان التراد انما يكون من الجانبين ه قوله
كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الفي درهم في كيس وحقه في الف فانه يسير مستوفيا
قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله مرهون استئناف جنس العلة
بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة اديا الى الشيوع او بعدم انفكاكها عند وقوله
ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن
الرهن من المرتهن فان الرهن باق والضمان على المرتهن كما يجيء وقوله والمراد بالتراد
في بمارد ي حال البيع يعني توفيقا بين حديثي علي فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل
فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد
على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زايدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله
كانه بناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من ادب القاضي قوله واذا طلب
المرتهن وبنه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء
الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة الميادلة من حيث انه استيفاء لحقه قلنا بان قبض
الدين لا يتوقف على احضار الرهن عند وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر به زيادة
الضرر ولم يلزمه يعني المرتهن ولم يعتبر هنا لك احتمال تلف الاستيفاء على اعتبار الهلاك
لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تاخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول
وقوله الطلاق الامر بشير الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه بسببه وقوله لانه
لا قدرة له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره
وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار الرهن لانه اي الرهن صار دينا
بالبيع بامر الراهن فصار كالراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه بدينه صار كانهما
تقاصا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن
الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن باقل من البيع الذي لم يسقط من دين المرتهن
شيء فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذي يتولى
قبض الثمن هو المرتهن استثنا من قوله فصار كالراهن رهنه وهو دين جواب
عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان
الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكرنا ولاية القبض باعتبار كونه
عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله ولا يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف
لاستيفاء قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك
واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني اذا باع الرهن
وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضار لاستيفاء لقيامه مقام العين وقوله وهذا
بخلاف ما اذا قبل اشارة الى قوله وكذا اذا اسر المرتهن متعه الى اخره فانه لا يجبر

المرتهن

المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل
وصل عند الرهن خطا حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر
على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة حلف عن العين فلا بد من احضار كلها
كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة هناك كالثمن تارة وهي
ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمنا اجاب بقوله وما صارت
قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فيصير كالراهن في يد عدل بخلاف ما تقدم
فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تقاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا
وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلافه اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء ثم قد صله وجعله
هكذا اي في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة
وفيما نحن فيه بخلافه حيث تكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل من يؤديه الراهن
من الدين وهو كما يرى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال
وان كان الرهن في يد اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن
من بيعه وان لا يمكن لان حكم الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك
حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن
ما قضاه لما ذكرنا في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا
بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن ولم يرد عليه
الرهن حتى هلك عند من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان
ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا
بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة
بعد الابراء يرد المستوفي فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عند استيفاء
بالرد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض
فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء
يجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه القبض
احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن قد
يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان
وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم احدهما
فان قيل ينبغي ان لا يبقى مضمونا هو قبض الدين اذا هلك قبل التسليم ولسر لذلك
كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بانا احتملنا الحبس باحتمال استحقاق المودي
يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم يبق
عن دليل وقوله ولو هلك في يد يعني اذا حبسه بعد التقاسخ فهلك سقط الدين
اذا كان به وفا بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع

لغوات القبض

بالرهن والانتفاع به قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعين
في العيال المساكنة لا للنفقة الا يرى ان المراة اذا ارتدت وسلمت الرهن الى زوجها
لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا سافر الاب وخرج الاب عن المنزل
وترك المنزل على الابن لم يضمن واجر الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي
يامر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي
النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف
النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه
اولزده الى يد المرتهن لجعل الاباق اولزوم جزء منه كذا واه الجرجاني وقوله والحبس
واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن بيعا
على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلق بالعين يعني بخلاف حق الحبس
فان حق يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على
المالية فكذا ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل الحاكا بالعين
متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل منهما عينا وقد
علم عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجرها وزرع
فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه
فكذا في استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي بان وجوب اي وجوب
العشر كان في ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باعه جاز فلو اداي العشر
من موضع اخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين علم تملك الشيوع في الرهن
لا مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلا يصح الرهن فيه
وكذا فيما وراءه لانه مشاع وقوله وما اداه احدهما ما وجب على صاحبه يعني من احر
وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر
فان كان بغير امر القاضي فكذلك وان كان بامر رجع عليه كان صاحبه امره به
فهو مرو كالة القاضي وقد قيل انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن
ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منها
بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الاتفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت
الادنى وقوله وهو فرع مسئلة الحبس فذهب ابي حنيفة ان القاضي يابى على الحاضر
وعندهما يابى عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حكم القاضي على الحر كان نافذا
حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير
محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لانه فيها ضرورة نا ب
ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز لما ذكر فقد مات مسايل الرهن
ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ الفصل انما يكون

بعد

بعد الاحالة قال ولا يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للقسمة وعين
فاسد يتعلق به الضمان وما نحن فيه ليس كذلك بنا على ان القبض شرط تمام العقد
لا شرط جوازه وقال الشافعي هو جايز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله
ومعظمه قد علم في ذكر رهن دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود
شرعت احكاما فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه
حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد على ما بينا انه ونفقة لجانب الاستيفاء
وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تنبت على
معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد ثابتة
على غير المرهون وفيه فوات حكمه واورج المصنف دليل الشافعي بين الوجهين
وهو قوله وعند المشاع يقبل ما هو الحكم عند وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير
كلامه حكم الرهن بتعيينه للبيع والمشاع عين تجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في
المشاع واذا كان للحكم متصورا كان العقد مفيدا او تقرير الثاني ان موجب الرهن
ان يوجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدايم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله
تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيفاق من الوجه الذي
بيناه يعني بامر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع ليتسارع الى قضاء الدين
لحاجته او للحبس ويحمل ذلك اي كل ما مر من قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص
او بالنظر الى المقصود يتعلق بالواو وامر اما تطبيقه بالواو وامر بالنظر الى المقصود
فظاهر وما نقول تمكن من الاسترداد دون ما يجد الرهن والدين جميعا يفوت الاستيفاء
واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض ابتداء اوجب بقاء لان ما تعلق بالمحل
بالابتداء والبقاء فهو سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا
ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام
فكان دوام الحبس لان ما لحكم الرهن وهو فيه الشيوع والداعي الى هذا التوجيه
تخليص الكلام عن التكرار فانه قال احدهما يبني على حكم الرهن والثاني ان يوجب
الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا تنقضي
اليه اي الى دوام الحبس من تمام الدليل يعني تبت انه لا بد من الدوام ولا
تنقضي اليه الا باستحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لا بد من
المهاياة فكانه يقول رهنك ساعة دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس
سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه وهذا اي ولان الدوام يفوت
في المشاع يساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما بين
في الكتاب وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على
الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس

اذا قبض وقبل باطل
لا يتعلق به ذلك
وليس بصحيح لان الباطل منه
هو فيما لم يكن الرهن مالا
او لم يكن المقابل به مضمونا

كما تقدم وصون الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او اذن
الراهن المعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في
رواية الاصل وكلامه واضح قال ولا رهن ثمر على رؤس النخيل بغير
الرهون هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعليه علته فان الاصل
الجامع انفصال المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده
لاختلاطه بغير قوله وبخلاف المتاع في الدار يعني اذا رهن دارا مشغوله
بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم يدخل في رهنها
من غير ذكر فانتفى القبض الا ترى انه لو باع الدار بقي قبل ولم تبرهويها او منها
لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل ولم تبرهويها او منها فانه يدخل
الثمار فتدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض
الرهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي في غير مشاع بان كان
المستحق جزءا معينا غير شايع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين
ان الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع وكان جايزا وان كان الثاني
تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل فيه من غير
ذكر يعني قال المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام تدخل ذلك في الرهن من
غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانة قد تقدم ذكره وقوله والرهن
بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البايع
عند استحقاق المبيع وصون الرهن بذلك ان يبيع شيا ويجعله الى المشتري
فيخاف المشتري ان يستحقه احد فيأخذ من البايع رهنا بالثمن لو استحقه
احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق
المبيع او لا واما الكفالة بذلك فهي جايزة والفرق ما ذكر في الكتاب وذكر في
فايد ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق المبيع
ضمن البايع دركه او لا انه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا
قضى القاضي ببعض المبيع بينهما او لم يقض وهذا بناء على البيع اذا استحق بعض
البيع بينهما بدون رضى البايع او قضى القاضي لان اختيار اقامة البينة على
الباع او التلقي من جهة المستحق قايم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد
وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله فيملك امانة وصورته ما ذكر
في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين حصل كالموجود باعتبار الحاجة
فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن
فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض
فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب

بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز
وعد والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل
لا يقدم على ما لا غرض وقوله لانه مقبوض لجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجود
اي وجود الدين في المقبوض لجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء
فيعطى له اي للذي قبض لجهة الرهن حتى يملك ما سمي من المال بمقابلته
ويجب على المقرض ايفاء ما وعد وهذا اذا ساوى قيمته ما استقرض واما اطلق
جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا
بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب ثمة القيمة وفيما نحن فيه الموعود
فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتبارا
به من حيث اند يملك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة
والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا
فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان ابتداء يجب بالعقد اذ ليس
للبايع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تقرر ايجاب المسمى
كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا على الدين الموعود
قال ويصح الرهن برأس مال السلم قال زفر حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح
وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا
وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية
فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده
كما لو كان المرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية
جنس واحد فان قيل لو كان لذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف
والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا
المجانسة من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث
المالية وهي تتقدر بتعذر تمليك العين للمرتهن امانة في الاستيدال لا يتقدر بذلك لاحتياجه
الى تمليك العين ايضا وقوله لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما
حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا باهلاك الراهن بعد التفرق وقوله يكون ذلك
رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع ليكون حتى يعني القاضي حكما عرف وقوله
لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن
بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكر جواب الاستحسان
وفي القياس ليس له ان يحبسه لان دين الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط
ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان
له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابراه المرتهن عن الدنانير

شبكة الألوكة www.alukah.net

فائدة لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف المسلم
وقوله فلو هلك الرهن اي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام
المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا
بغير اي بغير المسلم فيه وهو راس المال وقوله هلك بالطعام يتبين بهذا انه لم يهلك برأس
المال فبقي الرهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ
راس المال لان بقبض الرهن صارت مالية مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن
الى ان هلك فتصادقا هلاك الرهن مستوفيا لطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل
الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد راس المال فكذا ههنا
وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فيهلك الرهن لا بنفس الاقالة
فان قبل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم فقد وقع المالية الطعام
وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن هكذا من الدراهم وهو راس المال فوجب
القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام لجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن ههنا
من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديرها
بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما حلا الرهن بالطعام مع علمها
بانه عقد استيفا كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان
الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون
الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ما له على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل
يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما بينا
انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا سر بديع قوله لان الثمن بدله وقوله وادى ثمنه
له ان يحبسه يعني ادى ثمنه او راد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا الثمن
ح ٢ العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفا ثمنه من البايع فان هلك
المشتري بعد الحبس في يد هلك بثمنه قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر
كلامه واضح قوله وقيام الثاني في الباقيين يعني حتى الحر بة ولهذا الوطرات من التصرفات
ابطلته فاذا كانت مقارنة منعته قوله ولا يجوز بالاقالة بالنصب لعينين احدهما
ما ذكر في الكتاب ان استيفا المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول
به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس
وما دونه واما الرهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لانه بدل مضمون بنفسه
بخلاف ما اذا كانت الجناية خطا لانا ستيفا الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين
ثم رهن به رهنا يبطل لانها غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله
ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول
للمشتري اعطني رهنا بالدرك المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا

لانه

لانه لا يقابله شيء مضمون الا ترى انهما لو تراضيا الا مر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يامر
المستاجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن
لانه رهنه بدين وجب ظاهرا الا ترى ان البايع والمشتري لو تحاكما الى القاضي قبل ظهور
الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن
ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه
هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فقد تصادقا
على عدم الضمان فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه
قبض مالا مضمون ظاهرا وكان كالدين اثبات حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني
ليس عليه ان يرد شيئا لانهما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما
حجة في حقها والاستيفا بدون الدين لا يتصور وقوله ولذا قلنا سه فيما تقدم من
جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار وللتا
قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسايل الباقيه مسئلة العبد والخل والشاة لذلك
وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يحجر للاب ان يرهن عبده
بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشار الى قوله وهذا انظر في حق الصبي
فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا
كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانها امانة
ولها الولاية في ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة بل ينبغي ان يلزم على الاب
كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير
يريد به ان جوازا ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون
له دين على ابنه الصغير فياخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه
ومرتهنا لذاته وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان التهمة على ذلك
التقدير اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي
فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبد وكا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل
رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن
الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبد والوصي لو رهن من نفسه لم يجز فكذا
من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جايز وان لم يكن في ذلك
منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا اجاز رهنه وان كان الرهن
يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة
فكذا رهنه من نفسه على ما ذكر في الكتاب وهو واضح والضمير في قوله من ابنه
الصغير وابنه الكبير وعبده الموصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا
بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عندها ولا اعرف اجنبي وقوله واذا رهن

شبكة الألوكة www.alukah.net

الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب صدا لما في انه
لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك
وان كان لوالده فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب
وقوله لانهما له على امرين جايزين يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين
على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد
منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من احزاب الوكيل جاز ان
يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه وقوله والحكم
فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فارهن متاعه بنفسه ثم استعاده من المرتهن فهلك
في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل
صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع
المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع
العين ماله اليتيم لانه انما استعان لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين
لا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله ياخذه بدينه اي ياخذ المرتهن
ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فضمنه عاقبله للاستيثاق وقوله لما ذكرنا اشارة الى
قوله لانه ليس بمعتبر بل هو عامل له قال ـــ ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد
عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير
على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين
وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي
حنيفة وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وقد مر في رواية
الجامع الصغير احتياجها الى تفصيل ذكر وقوله فهو ما فيه يعني فذلك الرهن
ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما تكون قيمته مثل وزنه
او اكثر على ما ذكر في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك
بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله لم يملكه يعني الراهن يملك
الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول قوله واستيفا الجيد بالردي جايز قال في النهاية
هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفا الردي بالجيد جايز وانما قلنا ان
هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا يجوز سهو في بدل المصرف
والسلم يوذن ان الاصح ان يقال واستيفا الردي بالجيد لان الجواز انما يستعمل فيما اذا
اخذ الردي مكان الجيد ولا جواز لاستيفا الجيد بالردي لاستيفاء لاحد فيه فلا يحتاج
الى الاستدلال لاستيفاء آخر والثاني الاستدلال لا يوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا
استوفى المرتهن لعشرة قيمة ابريق هي اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا
الردي بمقابلة جيد والذي ان ما في النسخ حسن ويفيد ما يرويه صاحب النهاية فليتامل

وقوله

وقوله وقد حصل الاستيفا بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفا ولا
ينتقض الا بالرد والغرض عدمه ولا يلزم نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من
مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه معينا للطالب
ما يضر ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك
نفسه لنفسه واذا لم يكن بد من سقوط احد التضمين وقوله قيل رهن فريقا كلا انما
يصور رجلا فريقا تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف
في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة
وفي هذه مع ابي يوسف قوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان تكون هذه المسئلة
بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينها
اي ان تكون عينها مقابلة ما له عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفا وقد
تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا للرده
بالضمان واخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه الثبات قيل ان الزيف مقبوض
للاستيفا فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفا وهناك المستوفي اذا تعذر
رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة لكان الجودة فكذا
في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى وبقاء رد المثل مقام رد العين
لمراعاة حقه في الجودة وكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه
ولكن جعل هذه المسئلة مبتدأة اولى لانه وجد ههنا المرتهن الوصي الاستيفا من
الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد
ثمة وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وهنا من
حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف
لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يلزمه مع ذهاب شيء من الدين
او مع كماله وهو فضاء من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضا
دينه بالجودة على الانفراد فاذا لم سقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة
الابريق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن
قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم
يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفكه بما فيه اي
بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه
او خلاف جنسه مصوغا فيكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد
ان شاء فكه ناقصا وان شاء حبسه بالدين اعتبارا بالحالة الاولى لانكساره بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الفكاك مجانا بمعنى لما تقرر انه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين
ولا ان يفكه مع النقصان بمعنى ان يفكه مجانا وهو متعذر وصار بمنزلة الهلاك

في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فلذا ايما هو في معناه
وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية
نظيره ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم وقع المقاصة بين الدينين وهو
مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اعلاء الرهن وهو الاحتباس الذي بان يصير
الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح
والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا او صوابا او الصحيح او ما شاكل ذلك وقوله
وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة
كالدين وقيمته ثمانية لوجود غبن فيه تضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا
عن الربا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عند الى ان يحل الاجل ويكون
المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة
الانكسار على ما سر لذا عند محمد لا يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عندنا بالقيمة
يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه بالدين فلذا الانكسار
واما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه
الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجوده
وصاغه فيه عندابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعندابي
يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته وبيلغ خمسة اسداس الابريق وتقوير سدسه
حذرا عن طريان الشيوع فان الطاري منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند
محمد ان انتقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يخير الراهن على الفكاك بقدر
جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه
وبين ان يسترده فيقضي جميع الدين وجه قول ابي حنيفة ان العبرة في الاموال
الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا
كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة
وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين بعضه
مضمونا وهذا لان مقدار الدين لا ارباء عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة
فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات
ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون البائع امانة وفي مسلتنا كان كله مضمونا
من حيث الوزن لان الفرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا
من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة
الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء فبيع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك
عند بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضي الراهن فيكون مضمونا بالقيمة
كالمغصوب لان خلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف ان الضمان والامانة تسع

في الوزن

في الوزن والجودة لان الجودة متنوعة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف الربض فانه اذا باع قفيزا وزنه عشرة وقيمته عشرون
بعشرة لم يبطل للمشتري وتعسر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس
ثابت بالنص لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن
فامكن اعتبارها ويصير خمسة اسداس الابريق مضمونا بالجودة ان وصيغته وسدسه
امانة فالتغيير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الا
ليست بحالة الاستيفاء عند ابي يوسف فيضمن قيمة خمسة اسداسه عن خلاف جنسه
ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة لان الجودة تابعة للوزن
لا تنفصل عنه وصفة الامانة في الرهون كذلك فجعل الاصل في مقابلة الاصل
والبيع بمقابلة البيع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان
في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عند كالهلاك وفي هذا الفصل عند
الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير
المرتهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون
باق على حاله فيخير الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين
ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما
وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مقدرة بذلك قال
ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه كلامه واضح وقوله لم يتم
يعني الاقالة والرهن لجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما
كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو
الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يبطئ فيبطل غير ملي وليس
في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن
اشترى شيئا بدراهم فقال البائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فيل يريد به
توقيف المشتري والجواب انه والمشتري سواء ولو قال امسكه بمنك او قال
امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان
حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن

فصل

وجه الفصل كون الرهن متعددا والاحق في تأخير التعدد عن الافراد
قوله وصار كالمبيع في يد البائع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في
البيع لا يتملك حتى يؤدي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا
كأن رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية
الاصل وفي الزيادات له ان يفكهما اذا ادى ما سمي ووجه كل واحد منهما ما ذكر في
الكتاب وقوله الآتي توضيح لذلك فانه لما تعلق المرتهن من تفريق القول في الانتزاع

انكسار

وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الاتها وحاصله ان الصفقة تنفرق في باب
الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تفرق
بتفريق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري
العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع تمليك والهلاك قبل
القبض يبطله فبعد ما هلك بعض الثمن لم يكن من قبض بعض المعقود عليه اذ الى
تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك
ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالاداء ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد
البعض عند قضاء بعض الدين لم يرد ذلك الى تفريق الصفقة لان الثابت فيه ان
يهلك ما بقي بمنتهى حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا غير
ولان حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة
مثلا ان يساوي احدهما الفا والاخر الفين ورهنهما بثلاثة الاف احدهما بالف والاخر
بالفين ولم يبين هذا من ذلك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا
ويقول هذا الذي رهنه بالف والمرتهن يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة
تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك
تفضي الى المنازعة فلهذا يكون من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال
فان رهن عبدا واحدا عند رجلين صفة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لو هلك بكفين
في الدين او غيب ولا لكون الدينين من جنس واحد ومن جنسين مختلفين بان يكون دين
احدهما دراهم والاخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى
جميع العين في صفقة واحدة والشيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين
او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين
في صفقة واحدة وبه الشيوع حتى كان البيع والموهوب بينهما نصفين كالوقف
على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد
مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على
الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس
ويجوز ان تكون العين الواحدة محبوسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه
تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا الجواب
لابي حنيفة في حمل ذلك شائعا نفاعن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله
فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر يشير الى ان ارتفاق كل واحد منهما
بما ان لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لاجميع العين رهن في يد كل واحد منهما
من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من
الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن

في يد الاخر

في يد الاخر من كل وجه من غير بيانه عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن
ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك بل يسترده وليجب بان ارتهان كل واحد
منهما بان لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا بدينه
في بعض ما لية الرهن فان فيه وفا بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه من عين
مقبوضة ودينا مقبوضا ثانيا قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا هن عكس
المسئلة وهي واضحة ومن سننها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجلان انه رهنه
بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه اخر كذلك وهو احد الوجوه
فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد او في يد احدهما فان
كان في يد احدهما فهو اولى به الا ان تكذبه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد
تقدم الا ان يقيم الاخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يقوتا لدلالة
وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان
في ايديهما فان عدم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو سئلة الكتاب على ما ذكرنا
من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس ياخذ وبحمده
ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما
تمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فحق كل واحد الاخر حتى يقضي
دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد
منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نقول
هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى اخره وبا في كلامه واضح باب
الرهن يوضع على يد عدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن
ذكرها يرجع الى نايبهما وهو العدل لان حكم النايب يقع حكم الاصل والمراد بالعدل
ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند
حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن يخالف المراد في مسايل ذكرها في النهاية
عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل كلامه
واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر
في المبسوطين وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك وكانه شك في هذه الروايته
عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فاذا ثبت ذلك
عنده كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند
الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل فانه يرجع
على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة
الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يد مودعه وقوله
ولنا ظاهر وقوله لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال

كانه نائب عن الراهن فصونا ثبت عن المرهون في حق المالية والضمان انما يكونان من
حيث المالية فلا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب
انما يتحقق بالفعل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سوال ساقط
لان الخصم ليس بقابل له فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو
ظاهر ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امين به وذلك غير صحيح لان الامر
انما يصح اذا لاقا حقا مستحقا للامر ويعقد الرهن لم يصير القبض حقا له حتى كان
للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقه الراهن اياه في الوضع
على يد عدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على
قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث امين العدل بالقبض وهو حق مستحق له
بعقد الرهن ويكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يفرد
به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة
اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكرنا وقوله ولو تعذر اجتماعهما يرفع
قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع
الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة وقول
في يد عدل رهنا تم قضى الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع الى المرتهن
فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قايما في يد امين اذا ادى الدين
فكذا ما يقوم مقامه والاجر بينه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك
على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك
في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء القيمة ملكه
وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يد لم يضمن وان استهلكه ضمن
وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك فخذ حقك واحبسه
بدينك رجع العدل عليه بقيمته اما استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه دفع اليه
على وجه الضمان قالوا واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله فليس للراهن
ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله الا ترى اي ان عقد الوكالة
لزيادة الوثيقة ويلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة
لازم باصله فكذا وصفه وهو الاظهر في لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه
وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل بموتها ولا بموت احدهما بسبب
تعلق حقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وحبس
الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير لذا في النهاية وقوله
وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان
في المرتهن فمات العدل لم يبطل العقد بذلك لا يبطل بموت العدل اولى وقوله

والارث

الى الراهن فالقيمة له سالمة له اي للعدل لان كل واحد من الراهن والمرتهن
الراهن المالك المرتهن الذي ليس بمالك فلو اقتضها احدهما اي احد
هو ملك كثيرة اي فان القيمة بدل الرهن من حيث العين وحق الراهن وبدله
القيمة اي حق المرتهن وان كان قضى بالدين الى المرتهن فالراهن باقر

واما ان تجري فيما له اي فيما عليه الا ترى ان الميت اذا كان عليه دين لا يجب
على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثته وقوله اجبر على
بيعه يعني يحبس ايا ما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه اياما ذكر في الزيادات
ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر وما على قول ابي حنيفة فقد اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على ما قاله المدبرون وقال آخرون يبيعه
لان حقه البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين احدهما انه وصف من اوصاف
والآخر ان فيه ابطال حقه وقوله قبل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول ذكر في
المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما اذا كان مشروطا
في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويزيل الخلاف الجواب
في الجامع الصغير حيث قال فيه اذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون
مشروطا في العقد او لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج
من الرهن لانه صار مملوكا للراهن وملكه لا يكون رهنا واذا نوى كان مال
المرتهن ينصب على ما له على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن
وقوله وغرم القاتل قيمته يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول
لان المالك وهو المولى يستحقه لان هذا الضمان من حيث المالية ولئن كان
ضمانا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاحد حكمي ضمان المال في حق المستحق وهو المولى
فينبغي عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن عين اي ليس للعدل ان يضمن الراهن
غير الثمن الذي اعطاه وكلا مكسوف بكسفه وايضاحه شكر الله سعيه سيوجد
القاف وضما يزيد صحيحا زيادة ايضاح فقوله وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن
الثمن مقابلة دينه وقوله وان ضمن البايع اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن
عليه اي على الراهن بشيء وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله
لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فله اي فللعدل وقوله يبطل
الاقتضاء اي يبطل قبض المرتهن وقوله واما اداه اي واما اداه المشتري الثمن
الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن
وقوله لان المقبوض سلم لها اي لان الثمن المقبوض من العدل تسلم للمرتهن وقوله
وان شاء على المرتهن العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع
به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي فوديته على الراهن وقوله لا يرجع على المشتري
اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لحقه وسلم له خيار ان
يلزمه الضمان وهذا يوجب قولهما لا يرى حبس هذا الوكيل على البيع اي الوكيل
الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة
في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد

شبكة الألوكة www.alukah.net

بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق
بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض يعني الرهن
بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض
اقتضاء اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بعلاكه مسلطا وقوله
طعن ابو حاتم يعني هذا السوال طعن به ابو حازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن
وابو حازم هو عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والقبض وزر بالتسليم كما
ذكرناه يعني هو لانه لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقولهما وبالانتقال
من المرتهن اليه اي الى الراهن كالمه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا من الراهن من
حيث انتقال الملك منه اليه كانتقاله الملك من الوكيل الى الموكل وللملك يحل ذلك
اي بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لانه
كان بعد العقد وبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق
فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من حينه
المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك
من جهته فيكون ملك الرهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل
انا استحق راس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة قائمة
وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور
بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد لان المضاربة
عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد فقد مرضا وكانه انشا
العقد بعد الرجوع فبطل بخلاف الرهن فانه عقد لازم فليس لدوامه حكم الابتداء
وقوله بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه
باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين انه رهن ملك نفسه
وقوله وقد طولت الكلام فيه في كلام المنتهى قبل ايراده مسالة المضاربة والفرق
بينها وبين مسالة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فاعتقه
المستحق المرتهن فيمته وجع المرتهن على الراهن تلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فاند
للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا انا الملك
يقع للراهن قبيل من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك
التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غير ما يكون بيد كونه رهنا فكان
متاخرا طبعا فاخر وضعا فلا يقدح وانا باع الراهن الرهن فباع الراهن الرهن بغير
اذن المرتهن سواء علم بالبيع فلم ياذن اولم يعلم به فقد اختلف عبارات محمد فيه في موضع
قال بيع الرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد

محمول

محمول على ما لم يخرج القاضي فسخا اذا خرج اليد بيده وطلب المشتري التسليم
وقوله جائز محمول على ما اذا اجاز وسلمه ودليل ان من تصرف في مال له تعلق به
حق الغير جاز موقوفا على من اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان
اجاز يتعلق حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف
انه ان شرط عقيب الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك
الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه
ففي الافسخ روايتان كما ذكرين في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لانه
اي الى المرتهن لانه هنا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني
لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن يعني لو باع الراهن الرهن
ولم يخبر المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع
الوقوف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو اجاز الاول جاز الاول
وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا ترى انه قد يرهن ليبيع ما بيع اجاز المرتهن
وسلمه اليه بعد ما اخذ الثمن ويكون رهنا عنده واما خص اجازة البيع الثاني لبيان
الفرق بينه وبين العقود التي بينة المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو
البيع ولم تصح هي باجازة البيع الثاني لان البيع الاول وان كان سابقا وصح هو
والفرق ما ذكرنا في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل بتجارته
الى عين فان كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن عين لم يتعلق
فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجاز المرتهن كان الثمن رهنا عنده كان لحظ
من العقد الثاني تعلق حقه به تبدله فيصح تعيينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم
او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه لانه لو فوته فيما لا ذهن
العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل لكن لم يسع تعلق
به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا
لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجارته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول
وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قالوا فلو
اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبد المرتهن ينفذ عتقه موسرا
كان او معسرا وللشافعي رحمه الله اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر
والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه
اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب بدون العتق ولنا انه مخاطب باعتق
ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض والاعتق
او المغصوب فانها يشترك المرهون في فوات يد المالك وفي استيفاء القدر على التسليم
ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع متبقيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه يصرفه

حواشي بعض الاحكام
التصرف

صدر عن اهله ولا نزاع فيه يضاف الى محله لانه حقا في قيام ملك الرقبة لقيام
معتضيه وهو السبب للوجوب لتملكه قبل الرهن واما انه المانع فلان عاد ن الرهن
لا يبقى عن زواله لان بوجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او
حق البيع كما هو مذهب للخصم على ما تقدم شيء من ذلك لا يزيل ملك العين فتبقى العين على ما كان
على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد زاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن
في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه فان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الاعلى وهو جهة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد
المرتهن اولى فان قيل ليس المانع مختصرا فيما يزيل الملك بل يعم تعلق الحق مانع ولهذا امتنع
النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله واستناع النفاذ فمعناه ان حق المرتهن انما صلح مانعا
في البيع والهبة لاعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة العقد بن وليس
ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واحتمال الوارث جواب عما تمسك به
الشافعي ٢ بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض وعليه دين مستغرق
لتخصه ولا مال له غير عبد ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فلذا يجب
ان يكون في الرهن وجه ان ذلك لا يتوا بل يوخر الى اداء السعاية للمرتهن كما هو عندنا او
واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى الاول
يعني اذا ثبت تحقق المقتضي وانتفى المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن
لفوات محله وما بين ظاهر وقوله الا انه اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا
كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يتوكل به
جنس حقه ويقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على
العبد وقوله يذكر يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد امة المرهونة وقوله
وعندهما لتحمله يعني وان اعتق عبدها ثم كان في عتقه نقصان لزمه مطلوبا بالسعاية
فاذا اداها كمل العتق وقوله لما روايته عن ابي يوسف فان البيع محبوس في يد البائع
كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن يتقلب حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك
في يد كان هالكا من حيث المالية وباقي كلامه واضح فان ولد المرهون
والمدبر والاستيلاد خرجوا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عندهما فلان المدبر لا يخرج
عنه لقبوله حكم الرهن كما مر انفا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك يعني
الاجنبي ويتفسخ ذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض
لا يوم هلك كما سيجيء وقوله كما لو هلك بآفة سماوية يعني تكون الزيادة مضمونة
على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تقليل ذلك قيل عليه النقصان انما
هو بتراجع السعر لان العين التي تبقى وان نقص

١ الواو في الرهن معطوف على تعود ان كان موسرا ضمن قيمتها وتعود الواجب على حاله المثل صح

١ بان

لانه يوجب حق العتق وحقيقته
لم يعتبر فحقه اولى واما عندك
اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع
فلا يبطل حق المرتهن صح

بان العين قد تغيرت وكانت بحالة لو كانت باقية يرجع الى ما كانت عليه فالهلاك
كان تلك الصلاحية وقد تبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فتسقط قدر النقصان
من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين
التي قبضها لها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت عن
الدين يتراجع السعر اشار الى هذا السؤال والجواب وقوله واذا اعار المرتهن للراهن
فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فصار تمليك عين
وان لم يعمل معاملة الاعارة من عدم الضمان ويمكن استرداد المعير اطلق الاعارة
وقوله لمنافاة بين العارية وبين المرتهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض
العارية انما يجب اذا كان بدا لراهن بعد الاعارة يجتمع الضمان فيهما وهو ممتنع عند ذلك
لان الضمان وبين اذ ذاك بدا عارية ينافي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد رهن للحدوث عقد الرهن وانتفاء الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس
لا يرد وجوازا نفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح
في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله لما بينا اشار الى قوله لمنافاة بين قبض
العارية وبين الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما بالاذن الآخر احترازا
بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه الفرقات ستة العارية
والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان
سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك في حالة الاستعمال او اجنبيا ويرفع
عقد الرهن وحكم الوديعة حكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة
فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعار منه او اودعه
ولد ان يسترده وان كان هو المرتهن وجد القبض للاجارة او اجنبيا بما شرع
احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجر للراهن وولاية القبض للعاقد
ولا يرد هذا الاستيفاء واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من الراهن
او من اجنبي بما شرع احدهما باذن الآخر ولما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه
يعني في صون العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن
قلت ومن استعار من عبين ثوبا ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق
في ذلك او يقيد بشيء فان كان الاول فارهنه المستعير بمن قيل وكثر كان جايزا
عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فصار بمنزلة ملك
العين واليد جميعا بان استاذن ان يقضي دينا عليه بماله فان قبل اشيا رغير صحيح
لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب ان الاصل له غير قابل
لدوام استلزام احدهما الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين سواء كان الصي
فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبايع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون

لا يوجبه وفي ايجاب الضمان
على المرتهن بعد الاعارة
يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع و
ذلك لان الضمان صح
يد المرتهن صح

شبكة الألوكة www.alukah.net

ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله لان
الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة الما نعة من التسليم والتسلم فانها هي
المفسدة للعقد ضمار كما اذا اعار ثوبا واطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد
بالقدر كان التقييد بالقدر نفى الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس
بما يساوي وان احتاج الى فكاكه وهو قليل المالية فالزيادة زيادة ضرر وبغي
التفاوت لان غرضه ان يستر في اكثر المالين انه هلك الرهن عند المرتهن فان
الراهن يرده ليدخل مثل ما تم الاستيفاء به الهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه
ظاهر وقوله وجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء به الهلاك وهو صقدار الدين المسمى
لا مثل قيمة الثوب ان كان اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه
وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قابضا
دينه بماله ولذلك قوله لما بينا اشار اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه
من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بيانه ولعله من الجبران يعني جبرا لما فات عن الراهن
من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قالوا في النهاية ليس بمحرر
على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان اداه بقدر القيمة لا ما كان لتزمه
يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع
بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد
على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله لما بيناه اشار
الى قوله لانه صار قابضا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال
الرهن او عين فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد
الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكروا البينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل
اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه
الثوب بيده ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد من حجة كما اذا ادعى الغاصب
رد المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم
يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في بعض النسخ وقد وقع في النسخ كلها
اختلفا قال في النهاية وعين من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان في بعض
النسخ اختلف الفرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للعبد فيلتبس بصحيح
التشبيه وقوله في انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد
العين يعني ان المرتهن استرد قيمة الراهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد
العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك
رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه وضح وقوله في آخره واما المستوفي
في الرهن فيحصل مقصود الامر بتسليم الرهن الى المرتهن سعي في حمل المستعير

في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان
وهو صحيح ظاهرا فاذا كان الاستيفاء قبل الرهن اما بعده فكذلك فليس بحصل مقصود الامر فلا
يكون دافعا لما يرد من صور المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان تم الرد الى باب
المعير بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكما
وبعد الى النيابة كذلك وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الائمة السرخسي
واما اختيار شيخ الاسلام فعوان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دل عليه
هذه المسئلة قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة معناه واضح وعني بالمال ما لا
يقدر على استباطه بانفراده بالحرز فعوان يكون غير ممنوع عن ابطاله وقوله والمراد
بالجناية قتل النفس ما يوجب المال يعني ان تكون الجناية في النفس وما دونها خطا اما ما يوجب
القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على
حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن تقدر بانها جناية المملوك على المالك فيما يرجع
المالية ليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه ولما كان كذلك فهو هذا انه لو جنى على
غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جني عليه لو وجب عليه شيء كان واجبا له عليه وذلك
باطل ونقض بالمغصوب اذا جني على ما لكه المغصوب منه فانها ترجب الضمان واجاب
المصنف عما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق هاهنا مولى
عليه يوضحه انها اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة
المال صحيح واقرار العبد على مولاه في ذلك ولهما في الحلايا ان الجناية حصلت على غير
مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصلها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت
على اجنبي حرفان قتيلها ليته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله
وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين
فان ابقاه رهنا وحله الدين لا يثبت له ملك العين ويرد عليكون له عرض في مالية
العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له عرض في ذلك يترك طلب الجناية
ويستبقيه رهنا كما كان وقوله ودعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى
نفسه ومخلصه المشار اليه فانه ان كان قائما ذكر بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته
والتقابل سماه دافعا ودعاه ولدان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التعبير
عليه لانه حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او العدا كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء
وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد وفائدة في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر
من الدين بان كانت العين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضي
نصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه
تمام قيمة المتاع فان بقي بقي من الثمن حق الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل
عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن

شبكة الألوكة www.alukah.net

وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية
ووجه عين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون
الجناية على الراهن والمرتهن هو بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ان المرتهن
لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي فان
ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف فنقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض
الرهن ليس بمضمون فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على
حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الى الراهن وقوله حتى لا يزاد
على دية الحر بجهة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه ذليل قوله
لانه دل المالية في حق المستحق وقوله او بقوله دليل لخبرين ان يجعل المرتهن مستوفيا
الف الدين بالمالية التي غرمها الحر بصل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى
الربا فيصير مستوفيا المالية وبقي بسعايته في العين فاذا هلك يصير مستوفيا
بسعايته بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صور المسايل عنها بلغ تراجع قيمة الراهن
من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعبد التراجع
وضمان قيمته مائة وقبل عبد العبد المرهون ودفعه به واقوال العلماء ايضا
ثلثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فحكم الصور الاولى والثانية واحد وهو
ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما في الثانية ان
الراهن بالخيار بين ان ياخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن
ماله كالثانية على ما بذكر وقوله فان حكم الصور الاولى والثالثة واحد
في ان الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه السعاية قياسا على الصورة الاولى فان
حكمها ان السعاية ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها كرعند
حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب وقوله لحاوة ما يعني حصون
ومعنى اما صون ظاهر واما معنى لان القاتل كالمتولد في الادبية والشرع اعتبر
حرا من حيث الادبية دون المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في
حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر بمنزلة
عن فتور وعبارة الناس الى لحن وقوله كالمبيع اذا قبل القبض والمغصوب
في يد الغاصب يعني اذا سلمها عبد ودفع مكانها فان المشتري بالخيار بين ان ياخذ بكل
الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع في الغصب كتغير المغصوب منه بين ان ياخذ
المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه منسوخ يعني بقوله
عليه السلام لا يغلق الرهن ثلثا وقوله ولو كان العبد يراجع سعره الى قوله فهو على هذا
الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني
ما عبرنا عنه فيها بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة قبله عند قيمته

مائة

مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف ولا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه نحو على هذا
الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لانه لو
يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك متوطن مثل صاحب الهداية
الذي جاز فصارت السنن في مضمار التحقيق واما الصورة الثالثة في غير تراجع
السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع وكما ذكرنا ثم واذا قتل العبد الرهن
فبلا خطا فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت
القيمة اكثر منهما فالجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل
له بعوض كان على المرتهن وفداؤه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما اداه الى ولي الجناية
والمرتهن على الراهن دين فالقصاص يسلم الرهن للراهن ولا يكون تبرعا في
ادا الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كغير الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف
على دين المرتهن يعني ان الدين مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا
حتى لو جنى العبد الديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للمرتهن على ما يأتي في الديات
وقوله لتقدمه على حق المولى لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما
على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فانه
المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان تشاحا بان اختار الراهن
الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو العدد وذكر جانب المرتهن اذا اختار
الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن وقوله
لان سقوط الدين امر لازم فدي او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من
احدهما وانما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء قد اعتبر الدين مستوفى
وان كان غايا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي
حنيفة وما بعده هو المرجوع بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الى آخر
فصل هذا الفصل كالمسايل المتفرقة التي تذكر في آخر الكتب ومن رهن عصيرا
قيمته عشرة فصار خلا ولم ينقص فعند ابي حنيفة وابي يوسف هو رهن بحاله وان نقص
سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الغايب مجرد الوصف وبقوله
في الحال والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يخير الراهن بين ان يعطيه ناقصا
بجميع الدين وبين ان يفتكه بقيمته ويجعل رهنا مكانه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد بين ان يسلمه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر وقوله بيساوي
عشرة ودفع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى
المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل العقد فكذا في الرهن وقابل ان يقول ما يرجع الى المحل

شبكة الألوكة www.alukah.net

فالابتداء والبقاء فيه سواء كما لو هذا احلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه
كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما يتبدل الوصف فلذلك يحلف عن ذلك
الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين
او يكون الراهن وحده مسلما وبالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل
وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف حيث قال ثم صار خلا
يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله اكافيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان
الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمير بحيث لا يضمن ذلك يسقط الدين
لكن اعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك
للمسلمين والخمر ليست محلا للتسبيه اليهم فلان يجوز للمرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه
واما اذا كان الراهن كافرا فله ان ياخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية
لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار
غاصبا بالصنع كالو غصب خمرا ذميا فخللها والحاصل انه كان دينه من جنس
القيمة ويرجحها الزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم
يعني ان كانت قيمة الخل يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو
رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة جيدة ومسلوخة فان كانت قيمتها
جيدة عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الخل يوم الرهان درهمان وان
كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان
كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية قال ـــــ واما الرهن فالاصل
ان الاوصاف الحادثة في الامهات يسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن
منها لكونه حقا لازما ان اللازم هو الحادث فالحادث ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد
من عليه بابطال حكمه لكونها حرثا وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة واما مسترابة
ليلا يرد نفاقة الحرث فانها تسعى في الاولاد والدين بعد كمال الحمل كذلك فانها
يثبتان في ذمة الحمل والمالك لا في عين الامهات وليلا يرد ولد الجانية فانه من عليه
ينفرد بالابطال باختيار الفداء اما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف ليلا يرد
ولد المغصوبة والمستاجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها ان الاولاد حين الولادة لم
تصلح لاحكامها من الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان
به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا ان ما الرهن كالدين
والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا معه من
الاصل لانه تبع له في الاصل وصفا لان ملك الملك وكونه رهنا يبرهان
الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا تقسط لها وان هلك
الرهن وبقي الولد فقتله الراهن يحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض

لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة الولد يوم الفكاك لانه اذا صار مضمونا به
اذ لو هلك قبله هلك مجانا والبيع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه
يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة
بالفكاك فيحصه شيء من الدين فاصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله
الاصل مقصودا وما اصاب الولد اقتله الراهن وقوله وصورة المسايلة على هذا
الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك يخرج وفي ذلك
لكثرة وتطويل اعرض عنه وما بيناه في ذلك وقوله فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط
قوله فاحلت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في جزائها وقوله لانه
اتلفه باذن المالك يعني انه لما اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا
مع الشاة وكذا لو فعل الراهن فيه ذلك بدون اجازة المرتهن فا ـــــ
ويجوز الزيادة في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي
عشرة ثم يزيد الرهن ثوبا اخر ليكون تمام الاول رهنا بالعشرة جاز عندنا
والزيادة على الدين لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقال
زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن
والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج المولى امته من رجل بالف ثم زوجها
اخر بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر
في الاسرار وطريقة البرغري وغيرذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن محمد الدين
الغير سراته قال يجوز ان يكون مراد هم من قولهم لا يجوز الزيادة في المنكوحة
ان يقول المولى زدت لك امة اخرى بذلك المهر اما لو قال زوجتك هذه الامة
الاخرى بذلك المهر لم ان يصح وقوله الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسماية
يعني من الدين الذي هو الف فيكون بنصف الدين كان جايزا ولو رهن
ثوبا بعشرين بنصف العشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والا لتخالف باصل
العقد اعتماد الجامع الذي ذكر ابو يوسف وهو واضح وحاصله انه لا تخالف
باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه والزيادة في
الدين ليست في شيء من ذلك اما انه غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس
بمقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه
لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله وتسمى هذه زيادة قصدية
بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا رهن
جارية بالف فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن ولدت ولدا يساوي الفا
العبد مع الولد رهنا وهو يقايسا وي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا
مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد

فاصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كانه لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن رددت هذا العبد مع الام فسخ الدين في قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام فسخ عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام فصارت كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان مات الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرر فلا يسقط الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب ما كان فيه بغير شيء وكان العقد في الام فقط ولد معها قال فان رهن عبدا يساوي الفا كالامة واضح وقوله على ما بيناه من قبل مبني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر هو قوله ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قابم فكان ما بعد الايراء قبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق بعده ولنا ان ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بحصته او لتوهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالايراء اي بسببه لان جحد استيفاءه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين يوجب سقوط الضمان فاذا طالبه الراهن وضمن المرتهن بعد الايراء فانه يضمن وقد سقط الدين لجاب بقوله الا اذا احدث فعلا انه بصير غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صور الاستيفاء ما ذكر على وجه الفرق بقوله ان الايراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم القابض لانه تعقبه مطالبة مثله فيقضي الى الدور فاما هو يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قايم في نفسه وهو تصوير للتوكيد واذا هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فاقتضى الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي ليتكرر الاستيفاء وقوله ولذا اذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وقوله لانه اي لان كل واحد من الشري والقصاص عين استيفاء فيجب على البرد ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يد قبل الرد وقوله لانه يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي ان يكون يعني الايراء يهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ايراء لكنه بطريق الاداء دون الاسقاط لانه يتحول به اي بعقد الحوالة الى ذمة يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله ولذا لو قضاه على ان دين ثم هلك الرهن اختيار وبعض المشايخ اختاروا المتن وهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك

الرهن

الرهن والدين كان ولصاحبه ظاهر فيه لذلك فان وجوبه ظاهر المعنى لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف ما ذكر من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذكر وجوبه بعد التصادق على انتفايه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى في ذلك لانه من ثمة اي ههنا يعوض على جواب الاستحسان في صور الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية والله اعلم قال ـــــ الجنايات ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن اجزيتها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب الشر عاجلا بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببه سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال ـــــ القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احدها او الكل وقال صاحب النهاية لا يخلوا اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلوا اما ان كان قصد القتل او لا فان كان فهو العمد وان لم فهو الخطا وان لم يكن بسلاح فلا يخلوا اما ان كان معه قصد التاديب والضرب او لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلوا اما ان كان جاريا مجرى الخطا اصلا فان كان فهو هو وان لم يكن فالقتل بالسبب وبهذا الاخصار يعرف ايضا تقسيم كل واحد منها وضعفه وركاكته ظاهران وقوله او ماجري مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب ونحوه القصب وهي قشر وقد تقدم وقوله قد تطلق به يعني واحد من السنة منها ما قاله عليه السلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم وقوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم وقوله والعمد يعني القصاص معطوف على قوله المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الاخرى والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية انما تتكامل بالعمدية تتكامل بها وقوله كما شرع لها دون ذلك اي كما شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله والعقوبة

وضعه بالصاد من جناحه على بعد على الاضافة الى الشرع تحقق صح

المتناهية لا شرع لحاد ون العمدية وذلك ظاهر وقولنا تم هو يعني القود وقوله
وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعد
ما استحقت نفسه قصاصا يشبه ويلقى نفسه في التهلكة فيجب عليه ويمنع عنه شرعا
ولنا ما تلونا من قوله تعالى لكم عليكم القصاص في القتلى وجه التمسك بهذا ان الله تعالى
ذكر في الخطأ الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ وهو العمد
ولما تعين العمد لا يصرف عنه لليلزم الزيادة على البيان بالرأي ووجه التمسك بالسنة
ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود يتصرف اليه فيه بتخصيص
على ان حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص شارا بن عباس في قوله
العمد قود للجنس لا ما له فيه الى ذلك ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجبا في القتل
العمد لعدم المماثلة لان الادمي مالك متبذل والمال مملوك مبتذل فما في متماثلان بخلاف
القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة وحكمة وهي مصلحة الانتصار حقا للغير
عن وقوعه فيه وجبرا للورثة يبينه فان قيل كيف يصلح موجبا في الخطأ والغايت
فيه مثل الغايت في العمد اجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم
عن الاهدار فانه لما لم يكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والادمي مكرم
لا يجوز اهداره دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والنص ليس في معناه
حتى يلحق به وقوله ولا يتيقن به دليل قصد الولي بعد اخذ المال الجواب عن قوله لانه
تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله
قيل هذا الوهم موجود فيما اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح الراضاة
والقتل بعد ظاهر العدم وعوض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل
فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وانه احبوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص
لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بالواحد والقياس
لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك يتكنه من القصاص واخذ الدية والجواب
ان الحديث خبر الواحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان
القياس لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع
زجرا على ما كان عليه اهل الجاهلية من اذا قتل بواحد لا يرضيهم الا ان يأخذوا من اولياء
القتيل عن قتل واحد منهم بدلا لقاتل واهله لو يدلوا ما ملكوه واشار له ما رضي به
اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد بمنزلة حكم القصاص واذا ثبت
ان الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير صون مثل ان يعفوا احد الاولياء
فانه تعذر الاستيفاء حينئذ او ان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد قاطع
اليد اقل اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد سواء وجب
فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي يجب لان الحاجة

الى التكفير

الى التكفير في العمد اماسة منه الى الخطأ انما لستر الذنب والذنب في العمد
اعظم ولنا انه كفارة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة
فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقولهم ان الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو
واضح فان قيل هب ان القياس لا يصح فيلحق بالاشباه لانهما شتركان في الخطأ وهو الستر
ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه تلزمه خطأ الجواب ان
المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد ما لا يستر بها لعدم صلاحيته لملتبه كما مر فان قال
قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو الحديث والذين الاستمع انه ان رسول
صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة
يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وانجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا
لا نسلم الجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه
لانه لا يعارض ما شان قوله ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفا
تقتضي ان يكون المذكور قتل الجزاء وجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف
قال وشبه العمد عند ابي حنيفة اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال
ابو حنيفة شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان
الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار او لم يكن كالعصا الصغير
وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا تحمل الهلاك به غالبا كالعصا الصغير اذا لم يوالِ
في الضربات فاما اذا والى فيها فقتل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض فالاسمي هذا النوع
شبه العمد لا قتصار معنى العمد فيه والا فالقاتل عمدا واقتصاص انما يتصور في استعمال
الة لا يقتل غالبا كالعصا الصغير فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتاديب ونحوه
لا في استعمال الة لا تليق فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي حنيفة قوله صلى الله
عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه
النعمان بن بشير ووجه الاستدلال انه جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد
فتخصيصه بالصغير ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبير والصغير
تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على وجه
من المقصود قتله وبالاستعمال على وجه يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا
الصغير شبه عمد فكذا بالكبير وقوله وموجب ذلك اي موجب شبه العمد على القولين
يعني قول ابي حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب على ما مر فتجب
الكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل
ابتداء بمنتحدث من بعد فهي على العاقلة احتوز بقوله ابتداء بمنتحدث من بعد
عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده وعن اقرار القاتل بالقتل خطأ
وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله وقوله

شبكة الألوكة www.alukah.net

لقضية عمر يعني ما روي عنه انه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين فالمروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه مما لا يعرف بالراي وقوله فالحجة عليه ما اتفقوا
قيل اراد قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا الحديث
ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما روينا والحق ان يقال انا قال السلفنا
نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال والخطا على نوعين انما انحصر الخطا في نوعين
لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والخارجة وهو الرمي فان
اتصل الخطا بالاول فهو اول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله لما بينا اشار
الى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين في
لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا الحديث وقوله وحرم عن الميراث
لان فيها تاييد لوجوب الكفارة والحرمان يجب من انواع القتل فيما هو حامله
قتل على المورث تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا لذلك لاحتمال انه قصد
الا انه اظهر الخطا من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الوسالة ومختصرا القدوري
الفرائض مستوفا باتاييد الله تعالى وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وموجب
ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطا فاصاب
عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عينه فعين وابانه فهو
خطا وما اجري مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لانه لما لم يوصف
فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه
مات بفعله وقوله لان الشرع اسقطه قائلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة
والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو موجود ومنه حقيقة لعدم اتصاله
فعله به وانما الحق به في الضمان على خلاف القياس صيانة عن الدماء للعمد ربما يبقى
في حق عين على الاصل فان قتل الحافر في غير ملكه نائم وما فيه اثم من القتل صح تعليق
الحرمان به كما ذكرتم في الخطا اجاب بقوله وهو ان كان نائما بالحفر في غير ملكه يعني ان
الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه الحرمان الموت
وقوله ويمايلون شبه عمد في التعيين فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه
عمدا ما هو عمد وخطا لان اتلاف النفس تختلف باختلاف الالة فان اتلاف النفس
لا يقصد بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بعين كما يقصد
به الانثى ان فقاء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب لما فرغ من بيان اقسام
القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل
ذلك في باب على حدة فقال القصاص واجب بقتل لان يحقون الدم على التابيد هذه
ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه اي يسقط وقوله

على التابيد احتراز عن المستامن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب
للزيلة للمساواة المنبي عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه
وسلم العمد قود ومن ان الجناية متكاملة تعاد فيه بحث من اوجه الاول ان العفو مندوب
اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التابيد غير متصور
لان اتي ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله
الثالث انما مفوضة بمسلم قتل ابنه المسلم ما فما موجودة فيه والقصاص الرابع ان قيد
التابيد لتبوت المساواة واذا قتل المستامن مسلما وجب القصاص والمساواة بينهما
والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء والمساواة فيه بين العفو
وعن الثاني ان المراد بالحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد لا معتبر به ورجوع
الحربي الى دار اصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت للكفء انقلب مالا لشبهة
الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى قصاص غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله
للعموم ان يريد بذا قوله لكتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد
جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه
وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي وجهه واضح وقوله وهي اي العصمة بالدارين يعني
عند او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيها فيجري القصاص بينهما قال قال
جاز ان يكون شبهة الاباحة قائمة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه
كما بين المسلم والمستامن فكذا اثر اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك
مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك وقوله
والنص يخصص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة في الاية ووجهه ان ذلك يخصص
بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى وبالعكس
بالاجماع وفايدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان من
عباس روى ان قبيلتين من العرب تداعى احدهما فضلا على الاخرى قتلا فقالت
حمية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل بالعبد منا فنزل
الله تعالى هذه الاية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص
في الاطراف يعتمد المساواة في الجزالبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء لا مساواة
بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اخر الحكم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد
في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال والمسلم والذمي فيه سواء اختلف
العلما في ثبوت القصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلما الى عدمه وذهب ابو حنيفة
واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما روى ابو حنيفة والسائل علينا
هل عندكم من رسول الله سوى القران قالوا والذي خلق الحبة وبرا النسمة الا ان يعطي
فهما في كتابه وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص

بعمد المساواة في وقت الجناية والمساواة بينهما وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل
اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر شبهة لدرئه لقوله
تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فتورث شبهة عدم المساواة ولما روى
محمد بن الحسن عن ابراهيم ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي
دلالته على المطلوب خلا لانه روى مرسلا عن ابن السليماني وهو ضعيف قال
صالح بن محمد الحافظ بن السليماني حديثه منكر روى عن ربيعة ان النبي صلى الله عليه
وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن السليماني لا يقوم به حجة
اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن لهم من اية الحديث
غير مقبول وقد عرف في الاصول وان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة
نظرا الى التكليف يعني عندنا والدار يعني عندنا فيثبت وقوله والمسيح كفرا لخطاب
قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله واليوم الاخر الى قوله حتى يعطوا الجزية
وقوله والقتل يمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على
ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو ورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين
الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلما قلنا فيكون قبل قتله المسلم
معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا به من
حديث علي وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الاثار اذ الذي حكاه ابو حنيفة
عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله
ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه
ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس
لذلك ابدا بل ان لا يقتل ذو عهد من عهده وان قتل مسلما وليس يصح بالاجماع
فيقدر ولا ذو عهد في عهده فكما قدر على طريقه وقوله تعالى من الرسول بما انزل
اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر
بكافر حربي واذا لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه لذلك والا كان
ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه بل نرضاه لا يكون دليلا
هذا خلف باطل فان قتل فاسقية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب
فالجواب من وجهين احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كان حربيا فهو حرام
لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان
وهذه المسئلة من معارك الآراء اطال بحث تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله
ولا يقتل يعني المسلم بالمستامن لما بينا انه ليس يحقون الدم على التابيد كما تقدم
في باب الامان ولان كفره باعث على الحرب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان

كالحربي

كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه محقون الدم على التابيد وقيل هو
اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود
منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا ارتد هناك بالحربي اعم
من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق وبقيدنا عن السوال عن ليفية قتل المسلم
الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير الدور ليس بمروي وانما هو تاويل
فلم يقبل لما روينا وقوله للعمومات يعني الايات الدالة بعمومها على وجوب القصاص
وقد ذكرناها وقوله ولان في اعتبار التفاوت الى اخره يصلح لجميع ما خالفنا فيه
الشافعي قال ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معدل لظهور اثره
في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والد وان وجد في صف الاعداء قاتلا
ووصفه زاجرا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى
الام والجدات لذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لانتفائهم قوله
والقصاص يستحق للمقتول جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه الا الولد لا محذور
فيه ولو قال لان المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السوال والجواب
وقال مالك ان ذبحه بقاذبه لانتفاء شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه
بسيف او سكين فان فيه نوع شبهة قال المصنف وهو باطل قد حجة على مالك وطولب بالفرق بين
هذا وبين من ذبح بيننه وهو محصن فانه يرجم واجيب بان الرجم حق الله تعالى
على الخلوص بخلاف القصاص لبقاء لفيه ان يحرا ذا زنى بجاريته ابنه لان حق
الملك يقوله عليه السلام انت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولد بالرفع معطوف على الضمير
المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تاكيد منفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب
ولد على ابيه اذا قتل الاب عمدا ولد وقوله ومن ورث قصاصا على ابنه
يعني مثل ان يقتل الرجل ابن ابنه مثلا وقوله ولا يستوفي في القصاص الا بالسيف يعني
اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي الا بالسيف وقال الشافعي يجوز ان يقتل
بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك وتهمل مثل تلك
المدة فان مات والا حز رقبته وان كان بغير مشروع كان اسقاه الخمر حتى قتله
او لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص على المساواة وذلك فيما ذكرناه
لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود به ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان مثلا حسا
فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف اجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل

ينظر؟

كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجازا باعتبار ما يؤول اليه وهذا مختار
صاحب الاسرار وفخر الاسلام قدس بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به ابو
حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في التقرير وقوله ولان فيما
ذهب اليه دليل معقول تيضمن الجواب عن قوله لان مبني القصاص على المساواة ووجه
لا تسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم تحمل المقصود بمثل ما فعل
لان فيه الجزء بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جايز كما ذايه الى انتفاء القصاص فيجب
التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص
منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلا يجوز ترك البعض بل قال
واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما
اما ان ترك وفا اولم يترك فان كان الاول فلا يخلوا اما ان يكون له وارث
غير المولى او لا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا اري في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكانه حام حول الدرء
بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يبقى الى اخره وهو في الحقيقة نفي اعتبار
مثل هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص
وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد بخلاف ما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان
له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيما ان تكون معتبرة وان
كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا الوجود الاستيفاء على ما ذكرنا ان الصحابة
اختلفوا في موته على بعد الحريه او الرق فانه على قول علي وابن مسعود يموت حرا
اذا ادى قيمته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت يموت عبدا فيكون
استيفاء القصاص للمولى بخلاف الاول لان المولى يتعين بيهما وان كان الثاني وهو
ما اذا مات ولم يترك وفا فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفا ولا وارث
له اولد ورثته ارقا لعدم الفايدة في ذكر ان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله
بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفا يعني يجب القصاص لان ملك المولى
لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز عما عتق منه وقوله واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه
فلا سبيل وهو حر المعتوه الاستيفاء لانه من باب الولاية على النفس شرع لا مرواجع
اليهما اي الى التشفي وهو تشفي الصدر وتبليغه كالانكاح فلا يتوهم ان كل من ملك
الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع
للتشفي وللاب منفعة كاملة تقدم ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل من التشفي
كالحاصل للابن بخلاف الاخ اي لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص
يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية
على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه وهذا اي الاستيفاء من جمله

ويندرج

ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك لان
وقوله ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملكه وقوله وانه
اي المال يجب بعفوه اي بعفو الوصي قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار
اذا كان في اوليائه صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء
عند علمائنا الثلاثة وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ليس له ذلك حتى يدرك
الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين
الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه متوقع في الغايب مرجو
فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مايوس حالا لا استيفاء فانتفى
الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لشبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
ثبت لكل واحد كملا كالولاية في النكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص
بعفو احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء اجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال
يتقيد القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق
ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض وقوله ومسلك المولين ممنوعة جواب
عن قولها وكان بين المولين وسند منعه ما ذكر في الاسرار رواية في عبد
اختلفه رجلان ثم قتل او قتل ولد مولى ان فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما
لا يتفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد المولين اذا لم يتفرد بالاستيفاء لان السبب
لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد
والواحد منهما كنصف رجل وينتظر علة وقوله ومن ضرب رجلا عمدا الى اخره واضح
وكذا قوله ومن غرق صبيا وكابيا اشارة الى قوله يعمل به كابيا ان كان
فلا مشورة وعا وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لان استدلالا لشافعي
بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله ولا مر الخ في العصمة اي لاشتراك فيها وقوله ومنه
المتعصمة للجلين الجلد الذي يجزبه وهما جلدان وقوله وما رواه غير موضوع لانه
يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا يتعذبوا
احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد امت اي اشارت اليه اي الى كونه
محمولا على السياسة اضافته الى نفسه حيث قال عرفناه ولم يقل عرفوه وقوله
واختلاف الروايتين عن ابي حنيفة اما كان في الكفاية فانه روي عنه انه كان
في شبهة العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عمد واما الدية فانها واجبة
عمد من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سقط مضمون على التابيد
عمدا وعمدا يبطل حكمه يعني من غير عفو او شبهة وقوله واذا انتفى الصفات
ظاهر وقوله احد نوعي الخطا يريد به الخطا في القصد وقوله وكذا الدية

شقوط بعض

لم يكن له القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان الواجب احد الشيئين
اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا
قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع اكبر من يده فلا حاجة الى
اعادته وقوله وفي علسه بعيرا يقال وهو ان يكون راس المشجوج ابرز من راس الشاج لانه
ان استوفى الشجوج تنتاثحفه مساحة كان ازيد في السن من الاول وان اقتصر على
ما يكون مثل الاول في السن كان دون حقه فيتجبر بين الاقتصاص واخذ الارش والباقي
الى آخره واضح

فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبع
ذلك في فصل على حدة اذا اصطلح القاتل واولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص
ووجب المسمى قليلا كان او كثيرا زيادا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء اي عفي له عن بعض الواجب عليه على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك وجماعة
وهو الموافق للامر فان معنى اذا استعمل باللام كان معناه البدل اي فمن اعطي من جناية اخيه
المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع اعطي وهو بالتثقيل مطالبة بدل
الصلح على محامله وحسن معامله وانما قالوا هذا لما قيل ان اكثر المفسرين على انها في عفو بعض
الاولياء وبدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقرير من عفي عنه وهو القاتل من
اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للمقتول وليا فعفى بعضهم فعند صار
نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس
وابن مسعود فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليود
القاتل اليه حقه وافيا من غير تقص وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل
فاهله بين خيرتين ان شاءوا فادوا وان شاءوا اخذوا الدية قاد الصنف الحر
والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني ان ليس للولي العدول الى المال الا برضا القاتل
وهو الصلح بعينه والباء في ظاهر وقوله فضى مقدر بكسر الدال وقوله كالخلع وعين
يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا
اللفظ كما تري يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما وقال
في المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة والشافعي
يقول النساء لا تستوفي القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبعد ايضا ان ما ذكر في الكتاب
من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط
والايضاح والاسرار وهو موافق صيغة لانه لا يلزم من المخالفة لهما عدم صحة
ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله لهما ان الرواية خلافه تستلزم عدم ثبوت
احد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الولاية فيما يجب بعد
الموت خلافه وهو فيه بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية
انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فلحديث امراة اشيم

الضابي

الضابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكر في الكتاب اما الثاني فلانهما موروثان كسائر
الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت
ثم ثبت للورثة ولا يتغير الثابت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح كما ان سائر
الاموال التي وجبها قبل الموت لا تري انه اذا اوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى
منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث وكفيه قدوة
واذا ثبت ذلك فكل منهم يتملن من الاستيفاء والعفو والثاني واضح وقوله
لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو يكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية
السدس كما اذا قطع يدا سا توخطا وقلنا الواجب بعض بدل الدية لا بدل الحر
وكله موصل الى ثلث سنين فلذا بعضه كالالف الموجلة الى ثلث سنين فاذكل
درهم منها ثلث ذلك وقوله والواجب في اليد جواب اعتبار وهو واضح قال
واذا قتل جماعة واحدا اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس ان يقتص
لاشفاء الغليل وانه كما لو قطع يده ترك بما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى
عمر بالقصاص عليهم وقال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالوا التعاون وصنعاء
اليمن فعيلتها وروي علي انه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد
وكانت الصحابة متوافرة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع ولان القتل يطريق
التغالب غالبا فان القتل يغير حتى لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد ربما
الواحد وما غلب وقوعه من الفساد موجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة
الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقال لعل ان لا قصاص
يؤدي الى سد باب القصاص ولقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا
على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يرجع الى القياس المقتضي لعموم
الآية بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات
المرتبة على ما يوجب الفساد من افعال القلوب ويرجع على ذلك بقوة اثم الباطن وهو
احياء حكمة الاحياء وقوله ان النفس بالنفس يتناوله لانهم في ازهاق الروح الغير
المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر اولياء المقتولين قتل جماعتهم
كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني
ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل بهم وقسم الدية بينهم اويقرع
وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا الا انه عرف
بالشرع يريد به قضية عمر وقلنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتيل قاتل قصاصا بوصف
الكمال لانه لا يتجزي اصله الفصل الاول فان الجماعة يقتلون بالواحد اتفاقا ولو ابن
بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد فالعكس كذلك لان المماثلة
بين السببين انما يكون من الجانبين قوله فانه وجد من كل واحد منهم بحيث انه

فرع

فرع صلح الضحاك ابرقع
وقد وجد من كل واحد منهم

لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة
اليها اما ان يضاف اليها توزيعا او كلا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني
ولهذا اذا احلف جماعة كل يوم لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حسوا ولان القصاص
شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا دمي بنيان الرب ملعون من هدم
بنيان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتل الي يقتل القاتل اما الذي به ولا تي
فلم يعبر ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر قال وان قطع رجلان
يد رجل واحد تعلق الجاني في الاطراف ليس كتعلقه في النفس عندنا فلذا اختلفا بدا
بالقصاص اصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر
من اخر ومر احتى التقيا السكينان فالحكم ذلك لان كلا منهم لو قطع لا بعض اليد فلا يقطع
به كل يد وان احد اسكينا وامرارها على يد حتى انقطعت قطعت يده بها اصبارا له
بالانفس اما الكونها تابعة لها واما ان يجمع تحامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد
سواء كان المحل متحدا او مختلفا لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما انقطع بفعل الاخر
وقاطع بعض اليد لا تقطع كل يد قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متحد فان انقطع
بعض وترك بعض منصور ولا يمكن ان يجعل كل واحد فاعلا كل الفعل خلاف النفس فانها تزهاق
لا يجري وتدمر والباقي ظاهر وقوله وان قطع واحد يمين رجلين فيد رجل لانه
لو قطع يمين احدهما او يسار الاخر قطعت يده ابتداء لانتفاء المماثلة حينئذ لانه مات
على كل واحد منهما جنبي المنفعة ولان زيادة على حقه وقوله والقصاص ملك الفعل
بخلاف مع المنافي يعني ان من عليه القصاص جرح جواب عن قوله لان اليد استحقت الازالة
وتقرير ان القصاص ملك الفعل ست مرون الا ستيفا فلا يتعدى الى محل
الحال بحريته عنه وان لم يكن المحل مشغولا لم يمنع من ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق في المحل للمرتهن مملوكا وقوله ولترد حقا لاخر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد
ومزاحمة الاخر له في الاستيفاء موهومة يعني ان يعفوا والاحضر فلا يوخر المعلوم للموهوم
كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غايب يقضي الجميع له كذلك وقوله
لانه اوفى بدحقا متحققا يعني انه تقضي بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فقضي للاخر
بالارش وقوله واذا اقر العبد بمثل اليد لزمه القود واعا قيد بالعمد لانه
لو اقر بالخطا لا يجوز سواء كان مادونا او مجورا اما المجور فظاهر واما المادون
فلانه ليس من التجار وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص بوضع لبناء
على الحدود وكما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه بمنزلة الحد ولهذا وقع طلاق زوجته
بالاقرار لوقوعه بالايقاع وكذا اقراره بسبب يوجب الحد يوخذ به وقوله والفعل
يتعدد بتعدد الاثر فعل فان الرمي اذا اصاب صيودا او مر في جلد سمي جرحا وان قتله
سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى اخر

وفيه

وفيه نظرا ان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحل والنزاع
فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى
ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة
مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة الى جهة وبالنظر الى النسبة الاخرى فكذلك
هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصد الشخص بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا
الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقايل ان يقول الخطا يستلزم اباحة للدم
وهو لا يكون الا امرا ذا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطا
هو تحقق الجناية في انسان مخالفا لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا
هو انسان او تعمد مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي يحفر بئرا
في الموات بالنسبة الى المخالف لها كالرمي الى معين وذلك مباح لا محالة ولما قلنا
مطلقا ليخرج من قطع يد قطع يد رجل بسيفه فاصاب عنقه ومات منه بعد
ان ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية
كما مر اذا قصد ذلك فاصابه بنية عين فجرحها او رمى الى شخص فاصاب
عينه فمات فان ذلك خطا لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلا لهذين شخصا
مخالفا من كل وجه فصل ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا القطع والقتل اذا اختلفا في
شخص واحد كان على وجوه ان يكونا خطاين او عمدين او يكون القطع خطا والقتل
عمدا او بالعكس وكذلك بالنسبة للفعلية اربعة ثم ان كل واحد منها اما ان يكون
قبل البراء او بعده فذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد
او شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل كل واحد منهما
موجبه فعلى ما مر في القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد
المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فان اوجب الفعلين واحدا اجزاه احدهما سببي
على ما مر ذكره المصنف بقوله والاصل فيه ان الجمع بين الا قتا يوجب احدهما
واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات
متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فجعل الثاني تتميما للاول ليحكم
الاول واحدا الا ان يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل
البرء حقيقة يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع اصلا لان الفعل الاول
قد انتهى ويكون القتل بعد البرء ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد
اختلفا حسا فكذلك كما في الصورتين الاولين وان تجانسا خطا جمع بالاجماع
لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف والنفي بدية واحدة وان اتحدا نسبا
عمدا فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل

شبكة الألوكة www.alukah.net

وقالا يقتل ولا يقطع وقوله فان نشأ الامام جمعهما بينهما لم ان لم الخيار وقالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخالفهما ليرجح بينهما وقبل الجمع متعذر اما للاختلاف في الفعلين لانا الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الحز بقطع اضافة الرابة الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحار وانا انقطع اضافة الرابة اليد صار كالمخلل الحز واجمع فيه بالاتفاق بخلافهما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وخلاف ما اذا كانا خاطئين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل اخر على جواز الجمع انا لكنا خاطئين وتقرير ان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وهو القطع بانقطاع توهم الرابة وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمانا الكل وضمان الحز في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان بعضها والتكرار فيها غير متشرع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وهو القطع بانقطاع توهم الرابة وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد يجتمع قصاص الكل والحز في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل المشترك بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتبار فيه واما الخطأ فبناه على التخفيف الا يرى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبارا والتغليظ فيه لا يكون مناسبا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات فعليه دية واحدة لما ذكرنا في الكتاب وقوله وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل واما يبقى في حق التقرير على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في اخر فصل الشجاج وعن محمد انه تجب اخر الطب وان ضرب مائة سوط وجرحه ويبقى لها اثر تجب لها حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في البدن اذ لم يبق اثرا ولا يبقى موجودا وهذا اشارة الى انه ان الخرج في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان خرج وانمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كالو ضربه ضربا مولما وسنذكر هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها في فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه

تم شرح

ثم سري ومات فعلى الجاني الدية في ماله عندنا وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور الفعل عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سري فكان العفو عنهما ولان اسم القطع يتناول السادي والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وباحدث منه حتى اذا قال شخص لاخر اقطع يدي فقطعه ثم سري الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهى يعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول السراية والمقتصر وكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية يتبين ان الواقع قتل وحقه فيما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه وليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولي لو قال بعد السراية عفوت عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوت عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا وكذا اذا عفى عن اليد ثم سري واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورت العفو اورثت شبهة دارئة للحدود فتجب الدية وقوله ولانا نقول ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن موجبه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له وبقاء الساري القطع وقطع سار فليف يصح ذلك والجواب ان المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقته كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قيل من الابتداء من قوله نوع من القطع وذلك لان القتل يفعل يزهق للروح ولما ازهق الروح به عن ما انه كان قتلا وقوله وكذا موجب له من حيث كونه قطعا جواب عن قوله او القتل اذا سري يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سري ومات يتبين ان هذا القطع لم يكن موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في احد الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو على وجهين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني في العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة يكون عفوا عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعفو عن ارش الشجة لا غير اذ في اعلم بذلك اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوع عنه بين عن القطع غير متعرض

للعمد والخطا ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد
كان الدية في الخطا على العاقلة واجيب بان الوضع مطلق لا محالة انما هو واحد وتعيينه
وتقرير فعل القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله كالوصي باعيان ارضه
يعني اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير
كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول
ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية
باعيان ارضه باطلة وان صحت فحكمها التهايي ليكن الموصي له يوما والورثة يوما بين
ان لم تقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصي له والثالث ان المنافع اموال فكيف
صارت نظيرا لما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف نفى تعلق حق الورثة بالقاتل كونه
موروثا والثاني بمنعها لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت
مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم لانه موروث
للورث لكن يثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم ان تدع ورثتك اغنيا
خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنيا انما يتحقق تعلق حقهم عما يتحقق
به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس ٥
والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لانه موروث لان الارث خلافة ذي سبب الميت
الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولايته حقيقة او حكما في ماله او حق قاتل لحا فانه صونه
وقد قسمناه في شرح الرسالة في الفرايض وهو كما ترى لا ينحصر في المال اذا كان
حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم
وعن الثاني بان المراد من قوله او وصي يبرع كما عبر عنه انا او الوصية يبرع خاص
فيجوز ان تسمعا لمطلقه وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه
معاوضة وقوله يعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان
وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا تصح في حصته ويجب
بان الجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانا عفى عنه المال بعد سبب الوجوب
فكان بمعا سقطا والمانع عنه الارث انه لو وهب لهشيا وسلم جاز قال
واذا قطعت المراة يد رجل اذا قطعت المراة فيزوجها على يد فاما ان يقتصر او يسري
فان كان الاول وصحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع
سواء كان القطع عمدا او خطا ويزوجها على القطع فقط او عليه وما تحكمت منه لانه
لما ابتين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل
والمراة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون
القطع خطا او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني
فلا ذلك والدية في ماله عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث

منه

منه عند فالزوج على اليد لا يكون تزويجا على ما يحدث منه فيكون ما لها من المهر
فيما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزويج تزويجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير سقوط القصاص عن طريق
الاولياء والقصاص ليسقط ههنا اما بقولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما
قبلت سقط واما باعسار تعذر الاستيفاء فانه لما حل القصاص مهرا جعل لها ولاية
الاستيفاء ولا يكون استيفاء القصاص من نفسه فان قيل الواجب في الاطراف من الرجل
والمراة هو الارش جميعا بدليل ان دية يد واحد منهما معلوم فالمانع ان يكون هو المهر اجيب بانه
ليس متعينا لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا
له مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبل التزوج يتضمن العفو والعفو
لا يتضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان لا يتضمن ٥
العفو لكن فيما يحتمل فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سوى بين ان
قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تحمل العمد
والقياس ان يجب القصاص على ما بينا ميريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجب
لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا ورد من عليه
الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطا كان التزوج على ارش اليد واشار
الى النقض بقوله لان انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها
على ما في اليد والشيء بها وبقصاصان ان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها فاختلف
دينه من له ودينه من عليه وشرط التقاصهما دينهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما
يحدث منها ظاهر وقوله والشيء عليها اي الدية والقصاص وقوله يرفع على العاقلة مهر
مثلها اي قدر مهر المثل وقوله فلم ابي للعاقلة ثلث ما ترك اي ما زاد على مهر المثل الى تمام
الدية تكون وصية وقوله فاصوجوابها في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا
كان القطع خطا وفي التزوج على اليد وما يحدث منها اي على الجناية وعوبا القصاص لاختلاف
المختلف والمتفق والى الفصول ثلثة قال ومن قطعت يده فاقتص له من
اليد كلامه واضح ولا بد لنا من امامات المقتص منه من القطع وحكمة الدية على عاقلة
المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما سيجيء وقوله
ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلها واما دليل ابي حنيفة فمحتاج الى
كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وانما في الاصل ظاهر لان القتل
اشكل وقد شكك بعضهم بما انا شهدنا شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يد رجل
ضمنا اليد وانا يضمان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل
لما ضمنا اليد ولكون القطع غير القتل لا يترتب فيه احد ولبس اصل المسئلة ذلك وانما هي
بناء على انها اوجبا له قتل النفس وذلك يجري القاطع عن الضمان فيضمان لا يجاب الزام

شبكة الألوكة www.alukah.net

لد بعد علة الضمان فصار كما لو شهدا على رجل انه ارتد عن الدين ثم رجعوا وقوله
وانما لا يجب المال في الحال جواب عما قيل لما استوفى في غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله
وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى في حقه يعني لما كان ملك
القصاص ضروريا للتوثيق مع المالية وهو الحرية كما مر بحث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلث
وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لان صحة التصرف في البدل تابع لغيرها والقطع
مقصود وغيرها فيكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله
فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع فلم يظهر حتى يملك
القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما ولذا اذا
سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما او ما عفى وما سرى
وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله والاصابع
وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف
فقطع اصابعه ثم عفى وهو احتياز بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق واما
صاحب الاسرار فقد وقال لا نسلم انه لا يلزم ضمان الاصابع بل يلزمه اذا
عفى عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح
وقد اشرنا اليه من قبل وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد
السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله والمراد من قطع الكف فاذا
قال اقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان
الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه تكلف فيها اي في المسايل الثلث
اما تقلد الامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقد الكافي غير الامام
من المسايل يعني ان النزاع والخصام فان العمل يجب عليهما بعقد الاجارة والوجابات
لا تتقيد بوصف السلامة كالوعي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب
ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون
من باب الاطلاق اي الاباحة فاسه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا
ضمن كذا هو وطولب بالفرق بين هذا وبين المستاجر والمستعير ومعلم ضرب
الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على
المستاجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المسلم والقاطع ضمان
وههنا يجب اذا سري واجيب بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن
فيبقى الفعل الى الاذن ولو هلك الهالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا اذا اذن
بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك قرنا بخلاف المقتص له
فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك
القتل فكان متصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع

مع السراية يصير قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في
مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند
الى ابتداء الفعل

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه وبالجحود فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة
فيه في باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة
على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان
كان خطأ يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر والاصل ان استيفاء
القصاص حق الورثة عندهما وليس لابي حنيفة تمسك بحجة
العفو من الوارث المجروح استحسانا كما ان ليس لهما ذلك فحجة العفو من الوارث
المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز واما من حجة الوارث فلان
القتل لم يوجد بعد واما من حجة الوارث فلو قوعه قبل ثبوت حقه ووجه
الاستحسان ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر
وجه قبولها ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك
كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل
لهما على ان طريقه طريق الوراثة قوله وهذا لانه عوض نفس مال الله تعالى
وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المحوض
كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت يقضي به ديونه وينفذ منه وصايا
ولابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يحلف ابتداء كما لعبد
اذا ابق فانه يثبت الملك للمولى ابتداء طريق الخلافة لان العبد ليس باهل
للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل
من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للوارث ابتداء للوارث وقوله بخلاف
الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي للميت من اهل الملك في الاموال كما اذا
نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات
ابتداء انتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغايب البينة بحضوره
وهذا اسبب للقواعد الفقهية فان المحل لتشهده فيه بحاله وقوله فان اقام
القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تقبل لقوله فشهادتهما باطلة وتقبل قوله
وهو عفو منهما لم يذكر وهو ما قاله الامام المحبوبي لانهما زعما ان الولد قد سقط
وزعمها معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا يأتي فيه
الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او
القاتل دون المشهود عليه او بالعكس المذكور في الكتاب او لا هو ان يصدقهما القاتل
وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التقبيل واشار بقوله وحده

يصدقهما

اي انهما لو صدقهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لاغيرلانهما ادعيا على القاتل المال
وصدقهما القاتل فيه ولاشئ للمشهود عليه لانه يتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقرا
بالعفو فصارا كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود
عليه ايضا فلاشئ للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكر في الكتاب وقوله
وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث
الدية لاقرار له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا
استحسان والقياس ان لايلزمه شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت
لانكاره وما اقربه القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل
بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما
العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا وانما لزم ما صدق الشاهدين في العفو فقد
زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقربه القاتل فيجعل اقرار بذلك بمنزلة
ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز
وصارت الالف لفلان كذا هذا قال واذا شهدا الشهود ذانه ضربه ضربا موت
فليس يثبت العمد واجب بانهم لما شهدوا انه ضربه بشئ جارح وانما يشهدون انه قصد
ضرب عنق فاصابه وقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه
بقوله اذا كان عمدا فهم على عمان الجامع الصغير ولهذا احتوز عند المصنف وقوله
واذا اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين
في الاسوات يمنع عن الحكم بها في النفوس اولى وقوله لان المطلق ينصرف الى
المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعمد فاعل قوله فان شهدا انه قتله
واضح وقوله لانه تحمل احتمالهم في الشهادة فيه فيه تخييس الناس كما في قوله
تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاولى يعني الابهام
والثاني يعني الصبيح وهو الاحتمالان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه
الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شئ قتله اما صادقون
او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب
ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء لاختلاف موجب السيف
والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين
بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة السر على القاتل واحسنوا
اليه بالاخبار وحمل كذبهم هذا معفوا عنه لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح

بين

بحيلة
باسناد فقد
شهدوا انه قصد
ضربه بما لو كان
خطأ منهم يحتمل انهم ان
شهدوا انه ضربه صحيح

بين اثنين فيتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله
واولوا كذبهم ظاهرا وردا باطلا فذلك اي بتجويز الكذب وقوله وهذا في معناه
اي سترا للشاهد فعدوا اليه هنا لكنه ذكر وردا لحديث هناك وارادهما هنا
وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واحلوا
واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف ولا يثبت بالشك وتجب
الدية في ماله لان الاصل في العمد الحد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر ذو
الحلال مسلمان مساهما على ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل
اقراره في الباقي فان مثل اقر بالف درهم وصدقه المقر له في النصف يصح
الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل
شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر
وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر به بطل الاقرار لانه رد
وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله فبلغاه صدقنا لم يكن له ان يقبل واحدا منهما
لان معنى قوله صدقنا معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قبلت
حقك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

فصل

في اعتبار حالة القتل لما كانت الآخر الصفات لذكرها بعد ذكر نفس
القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد الرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به
السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند ابي حنيفة وقالا لا شئ عليه لانه بالارتداد
سقط تقومه نفسه عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب
فانه صار مبريا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار به مبريا كما اذا ابراه
اي الرامي عن الجناية او حقه بعد الجرح اي بعد انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان
يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بين
وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه
فيها متقومان واسلام حالة وقت الرمي ما اذا رمى صبيا ثم ارتد والعياذ
بالله ثم اصاب فان رددته بعد الرمي لا يحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا
للحل بشرطه وهو التسمية وما اذا كانت الجناية خطأ فلغو بعد الرمي قبل الاصابة
فانه صحيح وهذا بيان السبب ما قالا لان المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لانه كان
اعتنا ردت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل
عمدا فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا فالعفو يسقط
بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجب الدية اي في ماله
ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شئ في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع
به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب بصيرورته

متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الى عبد في الحل ودخل الحرم فاصابه السهم
فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب بان جزاء الصيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا
تجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك فانه رمى عبدا فاعتقه
مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للولي عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال
محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى حيث كانت قيمته قبل الرمي الف
درهم وبعد غاية لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاستناده من له
الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العاد لجرمه فصار العتق
بمنزلة البرء اذا قطع يد عبد او جرحه فاعتقه المولى ثم سري فان العتق يقطع
السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا
انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية تنقص ما فيه المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي قلنا انه يصير
قاتلا الى اخره ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة وابو يوسف يحتاج
الى الفرق بين هذا وبين ما اذا رمى مسلما ثم ارتد والعياذ بالله قبل الاصابة
حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج
بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي
واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ما ان قيمته للمولى ومن هذا يعلم
ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي لا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع
والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استثناء على قطع السراية
وتحقيقه ان القطع فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف غاية الجناية وبدايتها فان
ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة
ليس باتلاف شيء منه لعدم اثر منه في المحل وانما تعلق به الرغبات فلا يخالف الابتداء فيجب قيمته للمولى دون غيره وان كان مخالفا لغتا في وجوب القيمة يعني ويعود
بالدية نظرا الى حال الاصابة فالحجة عليه ما حققناه وانما في ظاهر الى اخره

كتاب الديات

ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية المشروعة للصيانة لكن القصاص اشد
صيانة فقدم المال الذي هو النفس كالعين من وجه فان وفي شبه العمد دية مغلظة
شبه العمد قد تقدم معناه وحكم الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وتدينه
في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد
فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص في كونها بالتحرير والصوم فقط فلا يجزي فيها الطعام
لانه لم يرد به نص والقادر يتصرف بالتوفيق قوله ولا ندخل المذكور كل الواجب استدلال
من الاية بوجهين اخرين احدهما بالنظر الى العادة وذلك لان الواجب بعد الجزاء انما هو قاتل الامر

ان دخلت
نجب

وقد سبق ما في القصاص والدية معه
من وجوب القاتل المتعمد اذا اعطى وليه

يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن لذلك لالتبس ولا يعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله
مما لا يخفى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي بيته ان يقول
وعبدي حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء المذكور دليلا لاختلال الفهم واتباعا للنظر الى المذكور
يعني لو كان الغير مراد الذكر لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة
الى البيان بيان على ما عرف بعني في اصول الفقه وخبره رسم احدا توبة سلم لان
شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الهوميين والثاني
بالظهور اذ الظاهر سلامة اطرافه والخبر ما في البطن لانه لم يعرف حيوته وسلامته
قال وهو الخطأ في الخطأ ما تلونا يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
ودينه اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل اربعا وعشرون
بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقه وخمس وعشرون
جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف
لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحوامل من النوق وقوله
في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للبنت واستدلال بقوله صلى
الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطأ
المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لما تقول ثلاثا
وانتم تقولون اربعا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس
المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الناس منه وليس فيه دلالة على صفة
من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ
فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا امثل ما قالا ولا قائل على تجب اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلثة
وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة قال ابن مسعود بمثل ما قلنا اربعا والرأي
لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رواه واذا تعارضا كان
الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم
والدنانير على عشرة الاف درهم او الف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح
يغلظ في النوعين الاخيرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية
الخطأ والى قيمة اسنان الابل في ستة العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ زاد على عشرة
الاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق وبزاد على الف دينار ان كان من اهل
الذهب لان التغليظ في ستة العمد شرع في الابل لزيادة حيائه وجدت منه ولم يوجد
في الخطأ وهذا المعنى موجود في النوعين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكر في الكتاب
ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيرها قياسا لانه يأتي التغليظ لا عن عمد

الاتلاف وخطاه في باب العمد سواء والدليل لاصل المقدار الثابت بصريح النص بالدراهم
وقوله لما قلت اشارة الى قوله لان التوفيق فيه وقوله لما بينا من قبل يعني في ولد الخايانة
الخايانة دل والدية في الخطا مايتا من الابل اخماسا اخماسا قبل منصوب باضمار كان
ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد اجمعت الصحابة على المايتة لكنهم
اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقه وعشرون جذعة وبهذا نحن والشافعي لان ابن مسعود
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطا اخماسا على نحو ما قال به ابن
مسعود وعن علي انه اوجب اربعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت
لبون وخمسة وعشرون حقه وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا
لكن ما قلنا احوط فكان اولى بحال الخطا لان الخاطي معذور وقوله غير ان عند الشافعي يستنا
من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة
عليه ما ذكرناه انه الیق بحال الخطا وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق
عشرة الاف درهم فيصار هما يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اي الفضة
اثنا عشر الفا لما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام قضا بذلك ولنا ان عمر رضي
ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالدية في قتل بعشرة الاف درهم فيصار هما
فيحتاج الى تاويل وذكر المصنف تاويلا ما ذكر الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها
وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر فما بطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث
من وجهين احدهما انه قال روى عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة الاف
درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني ان وزن
سبعة يزيد عليه اثنا عشر الفا فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول
كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صارت سبعة
وعلى هذا يجوز ان يكون في اخر عهده صلى الله عليه وسلم يوخذ من الدراهم وزن سبعة
ايضا ولا تناقض حينيذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم
كانت وزن ستة الا سدسا الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبا وقوله ولا يثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة وقالا منها اي من هذه الانواع الثلثة يعني
الابل والذهب والفضة ومن البقر مايتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مايتا
حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة
خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء
هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل وقال فايدة هذا الاختلاف
انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مايتي بقرة او غيرها على قول
ابي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مايتي فرس

وعلى

وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مايتي من الابل وقوله لان عمر فعل ذلك على
اهل كل ما ذكرنا قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني
قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق
عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل مايتي من الابل وعلى اهل البقر مايتي بقرة وعلى اهل
الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مايتي حلة وابو حنيفة ان التقدير انما يستقيم بشيء
معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ما يتاتى ما وجب ضمانه
بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله انا لتقدير بالابل عرفنا بالاثار
المشهورة كما رويناها وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق بها دليله قلنا حتى يثبت
انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في العاقل اي في عاقل المبسوط او ورد هذا
شبهة على ما روي عن ابي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلثة ووجه ورودها ان محمدا ذكر في العاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر
من الفي شاة او على اكثر من مايتي بقرة او على اكثر من مايتي حلة لا يجوز ولم يذكر
الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة عنده
ايضا وذكر الجواب عن وجهين احدهما تقرير الشبهة ويرفع الخلاف ولا اري صحة
لانه بنا قضى رواية كتاب الديات كما مر انفا والثاني برضى عمله رواية العاقل على
انها قولها وحمل بعضهم متشابها على ان في المسئلة عنه روايتين قال ودية المراة على
النصف من دية الرجل دية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على عمر ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ
لا مدخل للراي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا ينتصف قال في النهاية الصواب
ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا ينتصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد
ابن ثابت يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية
او دون ذلك فالرجل والمراة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينيذ حالها فيه على النصف
من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قوله المصنف اعنا رابعا وبالثلث وما فوقه
والصواب ان يقال اعنا رابعا وبما فوق الثلث وجه نظر لانه قال في شرح الكافي
قال محمد في الاصل بلغنا عن علي انه قال لدية المراة على النصف من دية الرجل في النفس
وفيما دون النفس قال وبذلك ياخذ قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما
وقفا ينتصف وما دونها ينتصف به اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المصنف واحتجوا
في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية وما
روي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما يقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه
عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت
فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال

ما لعليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد معابها قل ارتها ٥
قال اعرابي انت فقلت لابل جاهل مسترشدا وعاقل مستثبت فقال انه السنة وبه
اخذ الشافعي وقال السنة اذا طلعت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
والحجة عليه ما رويناه بعمومه وان حالها انتقص من حال الرجل قال الله تعالى للرجال
عليهن درجة وسنعتبر اقل لا يتأتى من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر
النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واعرابيا اعتبارا بالنفس وبالثلث
وما فوقه ليلا يلزم مخالفة التبع الاصل والحديث المروي بادر وشل هذا الحكم
الذي يحلف عقل على كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة
يريد به سنة زيد فان بارا الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول لما
خالفوها قال ودية المسلم والذمي سواء ودية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم
ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكرنا والصحيح واستدل
الشافعي بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان مؤمنا
كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون يتكافؤن دماؤهم
يد على من دماغيرهم لا يتكافؤا ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة
تنتقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من اثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر
الموجب لها اولى والجواب عن الاثنين ان المراد احكاما لا احق على انهما لا يعارضان
قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من
الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن
المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالية فان المراد
تملك المال دون النكاح وكذلك الرق بوجب نقصانا في المالية والذمي يساوي المسلم
في المالية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز عنده من المال
والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلفه فكذا في النفس قلنا ان لم يكن ثابتا في المسئلة
الا ما روي الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلا على النصف وما روي
عن علي شهرته انما يدل على الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي
عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روي عكرمة عن ابن عباس ان النبي ٥
صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قبل ثلثي دية من الابل لكان لنا من الظهر في المسئلة
ما لا نخفى على احد فصل فيما دون النفس اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تابع لها وهو
ما دونها قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة ذكر النفس في فصل ما دون
النفس تمهيدا لذكر ما يعود وقوله وقد ذكرناه يعني في اوايل الجنايات ومعنى قوله
في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح حل ومنه قوله عليه السلام

في خمس

في خمس من الابل السايمة شاة وقوله وفي الماذن الدية يعني فيما دون قبضة الانف
وهو ما لان منه كل المالايا تي له في البدن عضو اكان او معنى مقصود يجب باتلافه
كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو
مزدوج كالعينين ومنهما هو اعسار كاصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد
على ذلك كاللسان والاصل في الاطراف انها اذا فوت حبس منفعة على الكمال
او ازال جمالا مقصودا في الاد في على الكمال يجب كل الدية وبيد المنفعة والجمال
بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان فيه تفويت عضو مقصود
كما اذا قطع لسان الاخرس او انثى الخصي والعنين او يد الشلاء او رجل العرجاء والعين
العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت
حبس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واما اذا تلف الكامل
فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه
تعظيما للادمي لاصله فقد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان
والانف وعلى قدرا تتسحب فروع لثبوت قان كان حبس المنفعة او الجمال قايما بعضو
واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قايما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف
الدية وان كان قايما باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قايما بعشرة
ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قايما بالكثر ففي كل واحد منهما نصف عشر الدية
وكلامه واضح وقوله قيل تقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف مما تعلق
باللسان وعين وقيل على اعداد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف واللام
والتاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء
والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على
ما عرف فلم يكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع
طرف لسان رجل فمر علي فامر ان يقرأ باب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية
بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القول الاول
وبه صحح شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ذهاب
بدون اللسان لان الاقام الذي هو المقصود لانها فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا
اذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذين الحاسين فقيل
اذا صدقه الجاني او استحلف على الثبات ونكل ثبت والا فقيل يسقط فيه الاوايل الموصلة
الى ذلك فان يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع ان يبعثا
وينادي فان اجاب علم انه يسمع وحكي الناطفي عن ابي حازم القاضي ان امرأة قطعت
في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاة غطي عورتك فاضطربت
وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس

قل

مفتوحة العين فاوادعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يدرك علم ان الضوء
ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه
لم يذهب بصره وطريق معرفة البشم ان يوضع بين يديه مرآة كريهة
فان تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني
ليس في استباع كل واحد منها الاخر خلاف فعقل النفس حيث لا تجب الا دية واحدة
لان الطرف تبع للنفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وبعد ايراد هذه ما قيل الموضحة
التي لم يلزمه الا دية واحدة فيها عشرون بعيرا دون الموضحة التي فيها خمس
استثناء عاد وفي عدده وعلى ذلك ما ورد عن عمر كما ذكرنا في الكتاب وقوله لما قلنا
اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قالوا الوجه زائد على اسنانه والجبهة
لا يطالب بالزيادة حالة الخلق بل بوصف سنة لتصوير النبات فان نبت قبل مضي
السنة لم يجب شيء على الجاني وعلاوته حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير
والكبير في ذلك سواء وقوله في احد الشاجين اي الموضعين وصفهما لدفع
ارادة السمع وقوله انه يجب فيهما كمال الدية هو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا
بالدية في الحواجب الجمال والتجرح على الظاهر وهو انه يجب بعض الجمال
وقوله هو الاصح احتراز عن ما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه
عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطأ والعمد يعني في ان الدية في حلق
الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقها عمدا قيل وصوف حلقها خطأ ان يظنه نبات
الدم فحلق الوجه ثم ظهر انه عنبر نباح الدم قيل موجب القصاص موجودا فاكان
عمدا فالمسامح عنده مع الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة
لا تثبت الا بالنص ودلالته قاصرة في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الخروج
لانه لا يحتاج في تفويته الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجناية
وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز الحاقه بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا قالت
وفي العينين الدية اشارة الى الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل اشتمل من الفروع كلها
والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل ان مراده الاهداب مجازا ولعله قال
ذلك دفعا للخطئة من خطأهما في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار
منبات الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعور التي عليها يسمى الهدب فقال
المصنف يحتمل ان مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل
ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة
والحمل على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
يعني ان عشر الدية الواجب باكل اصبع انما هو بناء على ما صلها فانها بعد قطع
مفاصل كان لكل منها ثلثه وما بعد مفصلا واحدا كان لكل منها نصفه وقوله والاسنان

والاضراس

والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي
الاسنان المقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل ومثلها رباعيات وهي تلي الثنايا
ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن
من كل جانب ثلاث فوق وثلاثا سفل وبعدها سن وهي اخر الاسنان تسمى ضرس الحكم
لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء
لعوده الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه
كلها كانت عليه دية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس
وليس في اليدين جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان
ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو
خلاف النص وقوله لان المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت
جنس المنفعة لا فوات الصوت ليس متعلق وجوب الدية بل الحال ايضا مقصود كما تقدم
في حلق الحاجبين والجبهة وليس احدهما اولى باستتباعه الاخر فيكون الحصر في غير موضعه
اجيب بان الحال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال
تابع الا ترى انه اذا قطع اليد الشلاء يجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد
لما كان المنفعة لم تتكامل الغاية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال
تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلا يكون تابعا عند الاجتماع
لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة العمل وقوله
لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة القامة قيل في تفسير قوله لقد خلقنا
الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهي تزول بالحدبة فصل
في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثر مسايله ذكره
في فصل على حدة قال الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد ابتداء منه
للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم او لا والثاني هو الحارصة والاول اما ان
يسيل الدم بعد الاظهار او لا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم
او لا والثاني هو الباضعة والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم
او لا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان ظهرت الجلدة الرقيقة الحايلة بين اللحم
والعظم او لا والثاني هو السمحاق والاول اما ان يقتصر على اظهاره او يتعدى
والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على اظهار العظم او لا والاول هو
والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم او لا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر
على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التي بين العظم والدماغ او لا والاول
هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالعين
المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة

قال في فتح القدير
ان ثنايا الاسنان كلها
مستديرة والاضراس
والاضراس كلها اربع

على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء حسب الامكان ان الشجاج لا بد
على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو
واضح قوله وكان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها هي الهاشمة والمنقلة
والآمة وقوله وفيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى
السمحاق والمسمار ما يسير به الجرح اي يقدر قدر عود بحديد او غيرها والمراد
بقوله فيما دونه الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها
اما هو على رواية غير الاصل واما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل
الموضحة وقوله وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف
من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة
الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس
بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسايل الشجاج وقع اتفاقا وذلك
لان الشجاج تختص بالراس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة
لا يعود الى معنى يعني يرجع الى ما حد الاشتقاق فمحمد ذهب الى ان الملاحمة مشتقة
من التحام السنان اذا اتصل احدهما بالآخر فالملاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطع واما ضعة
بعدها لانها تقطعه وقوله واما اللجاف يريد به العظم الذي تحت الرقبة وقوله
وقد تحقق بعد معنى المواضحة قيل عليه فيجب ان يكون غسلها فرضا في الطامات ٥
واجيب بانه ترك هذه الحقيقة بالاجماع وقد اجماع ههنا فبقيت العين للحقيقة وقوله
ثم يتراوى تفاوت ما بين القيمتين مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا وهو
الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر
الدية لان قيمة الحر دية قال قاضيخان والفتوى على هذا وقوله ينظر كم
مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه
ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث
ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثا او اربع
الموضحة يجب ثلثا او اربع ارش الموضحة قال الشيخ الامام هذا اصح لوجوب
على انه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر
بالعبد فصل لما كانت الاطراف دون النفس الراس ولها حكم على حدة
ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية في كل اصبع عشر الدية على
ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل وقوله على اثر ذلك
الى قوله وان في قطع الكل يفوت جنس المنفعة الى اخره وقوله والاصبع للشيء يعني
واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتبار على حدة اذ لا وجه لاهداره
ولم يرد به من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد

وقف

اسم لمنع الجائحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من
مفصل الزند كما في السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح وقوله
والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب
يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش
بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس كذلك
وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت
بالراي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى
الراي ضروري ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار
عندنا في صيغة التقدير بالشرع نصا لم يعرف بيقين ان يكون الباقي من الاصابع
واحدا او اكثر لان للاصبع الواحد ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحد
ولذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا وما بقي من
الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله في الاصبع الزائد حكومة عدل وفيه الاصبع
الفيروالزائد ارش معتدا رفلا مساواة بينهما في اليمنى واما اذا كان له اصبع
زائد بين فلان المساواة في اليمنى بينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان
الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف باليمنى والشمال تعرف بالحزر
والظن فلا يتبين تمثيله وقوله لانه جزء من يد ولكن لا منفعة فيه ولا زينة
قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة وانها لها
رجل ولم يثبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءا من الادمي
بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان احدا لا جزاء الادمي انما يوجب حكومة عدل
اذا بقي من اثر مثيشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات ورسه
لا يشينه فلا يوجبها كما لو قص ظفره غير بالغ بدأ ذنه وقوله ولذلك السن
الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد قوله لانه جزء من يد فان السن جزء
من فيه والسن الشاغية هي التي تحالف بنابها نبات غيرها من الاسنان يقال
رجل اشغى وامراة شغواء فانها وان كانت زائدة فهي تقصان معنى وقوله والظاهر
لا يصلح حجة للاكرام انما قيد بالاكرام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الاكرام
حتى انه لو اعتق صغير لا يصح صحة هذه الاعضاء منه بيانه يخرج عن عهدة الكفارة
لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله وكوسه اصبع قال
ومن نتف رجلا فذهب عقله او شعر راسه في هذا بيان ان الحزر يدخل في الكل
قوله فصار كما اذا اوضحه فانه يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل
النفس والحاقه بالدائم او من حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه فصار
كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزء به

تتمة سواء قطع عمدا او خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا اما اذا كان له ذلك فلا يجب القصاص الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس لابهام دلالة المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولهذا وجد لان فيه الاصبع الزائد حكومة عدل ٢٥

وقوله حتى لو بقت يعني الشعر بسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب
بالفوات كذا في النهاية وليس بمستقر اليه للزومه معلوما وقوله وقد تعلقا
يعني ارش الموضحة والدية نفس واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة
البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت بين
قوله وجوابه كما ذكرناه قيل يعني به قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع
الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله
قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال في النهاية ذكر ابي
يوسف مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لروايات الكتب المتداولة ويتبغي
ان يذكر محمدا مكان ابي يوسف كما هو في الايضاح او لا يذكر احدا اصلا كما هو
رواية المبسوط وشرح الجامع الصغير والحاصل والمعنى وهذا الذي ذكرنا
اذا كان خطأ واما اذا كان عمدا تجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند
ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله
وجه الاول هو ان ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر
والكلام وقوله على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء
وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع والكلام يبطلان قبل
يراد به الكلام النفسي بحيث لا يرسم بها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان
المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد
به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطلا نظر وقوله قالوا يعني المشايخ
اي قال المشايخ ينبغي ان تجب الدية فيهما اي في العينين والارش في الموضحة
وقالا في الموضحة القصاص قالوا اي المشايخ وينبغي ان تجب الدية في العينين
وقوله لهما في الخلاصة اي بما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا يجب في الموضحة
القصاص وفي العينين الدية وله اي لابي حنيفة ان الجراحة الاولى سارية والجراحة
التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى
ولا قصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة حال الشج
ولذا المحل اي محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر وغاية الجناية
تم يوجب القصاص بالاتفاق بقيت الشبهة في البداية نظرا الى الحادثها وقوله
بخلاف القصبين جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه وتعدى الى عينين فقتله
ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاولى
وهما ليس كذلك فان السراية انما تكون بتفاقم الالام وهو انما يتحقق في شخص
واحد قوله وخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل
عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يتصور الاولى دون الثانية فاما ال

مسلتنا

مسلتنا لم يكن كذلك ووجه ان القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه
فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا
مقصودا الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في
النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكر في الوجين
انه مقصود ولكن ليس من اثر فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد
ذكر المصنف فرعين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني
الى الثاني وقوله يعني ان القطع لما كان خطأ وجب به المال ولم يفرق وجوب المال شبهة
العمد وجوب القصاص وقالا وزفر تجب غير جايز ولو قال وقالاهما وزفر كان
صوابا وقوله والوجه من الحاسن قد ذكرناه انفا يريد قوله ومن شج رجلا موضحة
فذهبت عيناه الى آخره وقوله انه تجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر
فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب
القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب
على اسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لعدم اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه
ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف الجانبة
الاخرى يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت التي جنبها اخرى وقوله لانه يجب ان الشجة بقيت
موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة والقصاص في الموضحة
والارش في العينين عندهما وقوله قتادتا اي صارتا واحدة بالاكل فهو على الروايتين
هاتين اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور
فيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبتت
مكانها اخرى يجب حكومة عدل لكان الالم الحاصل بنموها وليس به هذا الالم ويقوم
به هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني
بغير اعوجاج وان نبتت معوجا تجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستأني حولا اي يوجل سنة
بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرا مواضع السن لان الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ
نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف لان الحول مشتمل على
على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج الجني
عليه فينبت في اثنائه ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الجنس وبعض مشايخنا
قالوا الاستيناء حولا في فصل القائم في البالغ والصحيح جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في البالغ
كلا بل ستأتي حولا وهو كما يرى بناء في الاجماع وقوله فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقط
سني لضربك وقال الضارب بسبب اخر وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني ان التأجيل انما
كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في
ذلك اي في سقوط السن بعد السنة وقوله سنين الوجهين اي وجه قوله لا يجب

على الضارب و وجه حكومة الالم و قوله يجب الارش يعني كاملا و قوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه و لم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى و من الاسنان التي يرى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر فيجب حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكروا اصفرارا وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن وانما فوت الحال على الكمال اذا كانت بادية قال ومن سبح رجلا فاحمرت الانسان محال فكان معفوا للحال على الكمال اذا كانت بادية قال ومن سبح رجلا فاحمرت كلامه ظاهر وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف هو الموعود فيما يلي هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى آخره جواب عن قول ابي يوسف فالالم الحاصل مازال وعن قول محمد انا لزمه اجر الطبيب ووجه ان محل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او شبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يضمن شيئا وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا فجرحه فبرئ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثر فهو على اختلاف قد مضى في النجدة المليحة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجر الطبيب عند محمد وقوله لان الجناية من جنس واحد لكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم اقسامه في هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واضح وقوله لانه مال وجب بالقتل ابتداء يعني لا بعقد تحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكر لبيان خلاف الشافعي وقوله لا سيما الى زيادة يعني المحل فانه زاد على الموجل من حيث الوصف في المالية وهو صفة قدر الا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما مر دينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمدا اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا تجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا تجب عليهما وقوله وتحرم من الميراث على اصله اي بنت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطلقان بوجوب القتل فكذلك ههنا لما تحدت عنهما احد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك فصل في الجنين غب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام وان ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية غرة من الخيل او البغال او الحمير او البقر او الغنم ذكر او انثى سميت بذلك لان غرة كل شيء اوله وغرة الجنين اول ما يظهر منه عند الولادة قال المصنف معناه اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكور وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشر الالف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي وعدم الحيوة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا بتيقن الامران لكن وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد او امة فقيمته خمسمائة ويروى وخمسمائة فتركنا القياس بالاثر وروى الامام المحبوبي ان زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل ولم والقاعدة لا يخلو اما ان مات بضربه او لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل اتعتقد سائله فجاز زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجاب زفر فجاء بمثل ما جاءه السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة من غير ان يدرك له بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس ما ذكرنا انفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله اذا كان خمسمائة درهم قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته خمسمائة درهم وذلك بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة فعليه لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي في مال الضارب لانه بدل الجزاء اي جزاء الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته امر مخاطب من الوذي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احديهما فطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اوليا هما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقالوا حوها انذى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثله دمه بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واجيز العرب فوافق ما قدمنا الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة فلم لا تكون واجبة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل الثر من نصف العشر هو الصحيح من المذهب

والعبد

غاية ما في الباب ان الظاهر الحيوة لكنه يصلح حجة للالزام والحاجة هنا الى الالزام الموجب على الغير ولهذا لا يجب في جنين البهيمة لان انتفاء الالم ظاهر

قوله الظاهر لا يصلح للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا الكلام ما حاصله ان الظاهر يصلح للدفع وهو معنى قوله حجة للاستحقاق وزيد الاستحقاق ان تمسك به ويرد بعض الفصلاء حيث قال ليس هذا الظاهر مما يتمسك به ويثبت به شيء ولا يخفى ما فيه

وقوله وهو الحيوة الصحيح ان يقال وهو الحيوة مجموع

قوله وقد علمت ما يرد عليه من النظر لعل وجه النظر ان ما ذكره من التعليل يقتضي ان يكون الواجب في جنين الامة ما يجب في جنين البهيمة وهو خلاف ما ذكره المصنف

شبكة الألوكة www.alukah.net

وفي بعضها او اكثر وفي بعضها والاكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان
يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الكثر صفة
لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو ويعيد ذلك ايضا وفي بعض النسخ ان تعيبت
بالكثر ليس بسديد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله بخلاف اجزاء الدية
لان كل جزء منها على من وجب في ثلث سنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في
قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ما يجي
في العاقلة وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة باعتبار عبدا وامة قيمته
خمسمائة لاطلاق ما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبدا وامة قيمته
خمسمائة درهم وقوله وقالا في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى
واراد بالجنين تثنية الحي الولدين المنفصلين بالجناية تفاوت بين الذكر
والانثى ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية
لتفاوت معاني الادمية في المالكية فان الذكر مالك ومالا ونكاحا والانثى مالكة ومالا
مملوكا نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الادمية وهو بعد وجود
الجنين يتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حيا ثم مات اول الاقسام
الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين
من الام اما ان يكون في حال حيوتهما او في حال مماتهما او في حال حيوة الام وموت الجنين
او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك
اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت
من الضرب واحتمال ان لم تنفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اولى مما ذكر
في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس
كما دلوا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجهين
وهما احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذا بسبب موت الام وبسبب
محسوس الرحم وعم النص فلا يلحق ذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم
وجوب الضمان قال وما يجب في الجنين مروي عنه كلامه واضح وقوله وهو في
جنين الامة يعني في جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى والا من الغرور
نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وطريق ذلك ان يقوم الجنين
بعد انفصاله ميتا على انه رقيق وهو حي لو كان حيا مسطورا فيما تقدم ويجب نصف عشر ذلك
ان كان ذكرا وعشر ان كان انثى واما قيد بان يكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه
لو كان من المولى لا يجب شيء لانه جزء من الام فلا يفرد فيه احد واما ابو يوسف
فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد فيه حق الذي يحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه
خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يد كل واحد منهم حقه الذي يخاصه يريد ابطال ايدي من يمنع دفع الضرر

انه اذا قلع السن فنبت مكانه اخرى لم تجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم
يظهر في الام نقصان فدل على ان ضمونه باعتبار معنى النفسية لا الحرية فيقدر بها
اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف هذا غير ظاهر الرواية
عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد
وهو الظاهر وفي قول ابي يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا بعد الا ان تكون
فيها نقص وان لم يتكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب
والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مسكوكا في حتر
اعتبارا لحالة التلف لا بقاء لهذا اعتبارا لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال
ايضا قيمته حيا لجواز ان لا يكون حيا فلا يجب فيتمه حيا هناك بل يجب الغرة قوله
فما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته
غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمان مائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم
وقوله على ما بذكر بيانه بعد هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة من
قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرف في الغصوب الطلقة
اي الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري
في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق به دلالة الا ترى انه لم يجب
كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح باب ما يحدث الرجل في الطريق
لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاولى بالتقديم
هو انما لانه قيل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال ومن اخرج الى الطريق
الاعظم شيئا الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قبل هو البرج وقال
بعض الاسلاميين جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الناحية
قيل المراد به ههنا ابعد الناس منزله اي اضعفهم واردلهم وحملة الكلام في هذه
المسئلة في ثلثة اشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمذكورة
في الكتاب الخصومة والتعرض للمنع ولم يتعرض للمنع فان فيه خلافا بين العلماء قال
ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان
كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الاسائة على رأي
الامام فيما اليه تدبير فلكل احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس
لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام
واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة وقالا ليس لاحد ذلك اما على
قول محمد ظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفع فعله احد واما ابو يوسف
فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد حق فيه فالذي تحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه
خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يد كل واحد منهم حقه الذي يخاصه يريد ابطال ايدي من يمنع دفع الضرر

عن نفسه فهو متعب واما وجه قول ابي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله
وسع للذي عمله بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام اي ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار
بمعنى الضمان وهو ان يضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما
اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك
والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة هنا وقوله لانها مملوكة لهم
يعني في العادة قال فخر الاسلام المراد بغير النافذ المملوكة وليس ذلك بعلة الملك
فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا
فاقيم مقامه ووجب العمل به بدلالة الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا
ملازقين او لم يكونوا وقوله واذا اشرع في الطريق روشنا وهو المهر على المعلو
بيان لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرص
وقوله فالضمان على الذي احدثه فيها يعني ضمانها على المحدث ولا ضمان على الذي
عتربه لانه مدفوع في هذه الحالة والدفع كالالة فقوله وان سقط الميزاب من
المسلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصابه
وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل
حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة فلا يساوي الكفارة والحرمان كما في الدية قيل ان كان قتلا
حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس
عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر
وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان يعتمدان
الفعل عمدا وخطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني يعلم بيقين انه
قبل اخراجه وبعلم انه باي الطريقين كان فان كان بالطريق الداخل فلا ضمان
وان كان بالخارج فعليه الضمان فجعل كانه حصل بالطريقين وقوله ولو اشرع
جناحا ظاهر وقيل المسري ايضا ينبغي ان يترك الرفع مع امكانه شرعا واجيب
بان سبب ضمان الفعل اما المباشرة او التسبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن يمكن
من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس
مباشرا ولا متسببا واستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه
بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان
كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط
ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال البيع وصيرورة مخرج الجناح
هو طريق المسلمين بعدنا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الحر فيل فيه تلوح

اليان

اليان النتج ان هبت بشررها فاحرقت شيأ وجب الضمان لان التعدي كان
بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله قيل اذا كان النوم
ليلا يضمنه هو احتيار شمس الائمة السرخسي والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان
اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وقد افضى اليه اي الى ما قلته وهي الحوق بواسطة
النتج وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال
المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فنا داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة بغير ما قال
ففعلوا فسقط واصاب شيأ قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون
به على الامر قياسا واستحسانا لانه وجب بامر فلهم ان يرجعوا به عليه كالو استأجر
ليذبح شاة ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح على
الامر وان قال اشرعوا اجنحا على فنا داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك اولم يخبرهم
ففعلوه فسقط واتلف شيأ قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الامر
قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم
بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يكن الضمان على المستأجر كالو
استأجر ليذبح شاة عارله فذبح ثم ضمن الذابح للمجازم يرجع به على الامر وفي الاستحسان
ان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان ما تملوك له من وجه
على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حتى
لا يجوز بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل من
حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه علامة واظهار حرمة الصحة
بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث
انه يملك الانتفاع بفنا داره واما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله لانه
صح الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفنا داره فبالنظر الى هذا كان امر معتبرا
ووقع فعلهم عارة واصلاحا فاشتغل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه
بعد بشرط السلامة للكونه غير مملوك فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل
ذلك يعني الصب والرش والصور وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل
بها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته وقوله لانه صاحب
غلة والغلة اذا اصلحت لاضافة الحل اليها بطل غيرها وقوله في فنا حانوته قيل الفنا
سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكر
الحطب وقوله يعقل اي يشد ويعلق بالبنا وقوله تجب الضمان على الامر لو
يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان الفنا لغير الامر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير
للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكر في الكتاب فيما اذا كان للاجير
بحسبه انه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بيرا في الفنا فحفر وما فيه

انسان

اودابة والغالعين فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان
الغالب الغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر فاشبه ومن حفر بيرا في
طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة نقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر
رواية الجامع الصغير اشتمالها على بيان ان اذن الامام وكسب الاسداد بالراي فعال
من الموت وهو السبق وقوله وكذلك الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله باحد من ذلك
لرواية في الامر يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله حافر كرناه يعني
من اول الباب الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان والشراع
الروشن وحفر البير وقوله وغير يعني عالم يذكر في الكتاب كنبا الظلة وغوص التجر
ورمي القمامة والجلوس للبيع وقوله وكذلك ان حفر في ملكه لم يضمن يعني كما اذا لم الامام
حفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفر في ملكه وان لم ياذن له
الامام وقوله وكذا اذا حفر في فنا دار يعني وان لم يكن الفنا ملكه وقيل جاز له
ذلك اذا كان الفنا ملوكا له او كان له حق الحقوق بان لا يضره احد واذن له الامام اما
اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو ان يضمن اذا كان
الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما اي اختفاقا بالعفونة قالوا يرجو ان اذا كان
باحد النفسين من تلف الحفر وكلامه واضح لا يتوهم من تقدم قول ابي حنيفة انه مرجوح
على عادته من يوخر الراجح فان الفقه معه الا ترى انه لو حبس ولا في بير حتى مات غما فانه
لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لانه اثر فعله وهو العمق اثر في نصب
الواقع فلا بد من اثر للوقوع لوجوب الضمان وقوله وان استاجر اجيرا فحفر وفالبني غير
فنابه يعني بان كان الفنا للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلما الفنا
في غير فنابه او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر والاشتي على الاجير لان الاجير
صح ظاهرا اذ لم يعلما ذلك وذلك يكفي لنقل الفعل الى الامر لانه لو توقف
على صحة الامر حقيقة بقي الامر ممتنعا عن العمل مخافة تزوم العهدة وبالناس حاجة
الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا
مغرورين دليل قوله والشتي على الاجير وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المامور
معذورا كما في الامر بذبح شاة ظهر بها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المامور
ويرجع على الامر لانه مباشر وكون الامر متسببا والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع
للمعذور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد
والمستاجر متعد فيرجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجير لعدم صحة الامر
بالبس مملوك لغير فلا يتصل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل
مضافا اليهم وفي عبارة تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور

في ملكه

في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امر من ليس مملوكا له بل للمناسبة بقال
لان الامر لم يصح ظاهرا جاءت علوا وطول بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع
الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب
ما اشار اليه المصنف في ذبح شاة عين بان الذابح مباشر والامر متسبب وقد تقدم
ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قالوا هذا فاني ظاهر وقوله
فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا فالصواب ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يد في التصرف
الى آخره فان قيل قوله ليس فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر
الدلالة فمقابلته لجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون سواده ليس
لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركا الدلالة فلا يعارض
الدلالة فان ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح قوله لان الاول
يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة بعد اما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهرا واما
بناء القنطرة فلان الباني قرتحا على يمين فان التدبير في وضع القناطر على الانهار
العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا
الاعتبار والجناية تعد لا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني قوله فعطب به فهو ضامن
يشتمل وجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشي المحمول عليه وتلفه بالعثور به بعد ما وقع
في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطف به معطوف على قوله فسقط على انسان
وذلك لا يشمل العثور به ثم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يحمل الشي في الطريق فيسقط منه ذلك الشي فيعطب به انسان فيموت قال
الحاصل ضامن يشملهما والفرق بين الصورتين يتوى وفي بعض الشروح جعل قوله
وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرد فاسد
لان موت الانسان يسقوط الرد عليه غير متصور ولعل المصنف نظر الى المعطوف
مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالمتعدي ذكرناه يعني بوصف
السلامة وقوله ثالا يلبسه عادة يعني مثل البدر والجواليق ودروع الحرب في غير موضع
الحرب ولذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية بن سماعة عن محمد لعدم
عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني لاهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك
بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل
المسجد وقوله كنصبه الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان ينصب الامام
اليه وهو مختار الاسكاف قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون
من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم الى ينصب
الامام والمؤذن والثاني ولي بالمعاة وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم شخص غير
اهله فهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرر الجماعة وقوله

وقصده والقربة لا بناني الغرامة جواب عن قولهما ان هذا من القرب وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطا ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا انقضت اقيمت قذفا واستوجب الحد قال وان جلس فيه رجل منهم فعطس فحمد الله رجل من العشيرة فعطس به رجل فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا ليعلمها فمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن والتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني ينتظرها او نائما فيه في اثنا الصلاة او في غير الصلاة او مر به مارا او قعد فيه لحدث قال المصنف هو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختار ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل الاضمان فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تدافع حيث قال وان كان في غير الصلاة وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلاة ممن لفظ لفاتح الصغير ولو كان جالسا لقراءة القرآن ونحوه لفظ للمصنف بيانا لذلك قوله هو على هذا الاختلاف بيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قاله في الاشتباه وقوله لما ان المسجد انما بني للصلاة الخ ذكر قاضي خان في شرح الجامع

على جماعتهم بعد رعاده فلو لم يصح الاستناد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع
وقوله تعطب لا يضمن اى لا يضمن صاحب الحابط القتيل الثاني للتفريع عنه اي القتيل الاول
برفعه منوض الى الاولياء لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا
وقع الجاج في الطريق فعبر انسان بنفسه ومات ثم عبر رجل فقتيل ومات فان دمه
القتيل من جميعا على صاحب الجاج واجيب بان اشتراع الجاج في نفسه جناية وهو فعله
فصار كانه القاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله لحصول
نقض الجاج في الطريق ومن القى شيا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وانما يملك تفريغ
الطريق عنه بخلاف مسئلة الحابط فان نقضه لبنا ليس بجناية وبهذا ذكر لم يرد عنه
فعل يصير به جانيا لكن جعل الفاعل يتركا للنقض في الطريق مع القدرة على التفريغ
والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فكذلك جعل فاعلا في حق القتيل
الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنتصر وقد ذكر في الكتاب واضحا
وقوله فسقطت يعني الحرة لسقوط الحابط ليشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت
انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدث به في ملكه سواء
كان الحابط مائلا او غير مائل لذا في المبسوط وقوله وعليه اي على كل واحد من حافر
البير وباني الحابط وقوله ولد ابي حنيفة ان الموت حصل فعلهم واحد وهو
الثقل المقدر يعني في الحابط والحفر المقدر يعني في البير لان اصل ذلك اي اصل الثقل والحفر
كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل يعني ان الحق البسير ليس بملك
حتى يعتبر كل حفر على حدة فيجتمع الثقل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على
اربابها فيقدر الملك كانه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد
منهم خمس الدية بمنزلة الاشهاد في حق الباقين لان الاداء الواجب على مر اشهد عليه وعلى
هذا خرج مسئلة البير بيانا لما اجتمع في حقه مبيان احدهما موجب للضمان وهو
التعدي بالحفر في ملك غير والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه
فيجعل المعتبر حسنا والهدر حسنا يلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت
في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما سر في عضو
الاسد وهشر الحية وجرح الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية
بضاف اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير
معتبر فجعل غير المعتبر شيا واحدا وان تعدد ذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما
واهدر الاخر [illegible] جناية البهيمة والجناية عليها ذكر جناية البهيمة والجناية عليها
عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله لما
اوطأت الدابة الصحيح لو وطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا لا بطاحه ودهسه
وتقديره اوطأت الدابة يدها او رجلا انسانا فيكون من باب فلان يعطي وتوله

ما اصابت

ما اصابت بدل من قوله لما اوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب
باليد والصدم هو ان تضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما
الاخر بنفسه وبقال نفحت الدابة التي اذا ضربته بحدها فرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو
من اوجه ثلثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين
فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها
معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سايرة وطئت بيدها
او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سايقا لها او قايدا واما
ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا
لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لا بصالا شر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو
الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في بقاء الدابة او تسييرها في
ملكه وان كان الثاني وهو تسيير فان وطئت بيدها او رجلها يضمن وان كدمت او نفحت
بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر
للاتلاف لان فعله ونقل الدابة انضلا بالمتلف وكانها وطيء جميعا والمباشر ضامن
متعديا كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها
فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه لم يبن مسبب
وكما شر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سايقها او قايدها او راكبها
اولا واقفة او سايرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد الا ليس له ابقاف الدابة
وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وتداوقفها صاحبها عليه
هما ان فعلا اتلف في الوجوه كلها لانه لا ابقاف متسبب متعد الا ليس له شغل طريق المسلمين
بابقاف الدابة فيه وان كانت سايرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فاما ان سارت بامره
او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت مالم يتحول عن جهة الارسال تعمدة وبيسر لان
ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد.. وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه
كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سايقا او قايدا الا النفحة بالرجل
او الذنب لانه مباشر ومسبب متعد والعرض من هذا الاشتباه بيان قول المصنف
الراكب ضامن لما اوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا كان راكبا
في ملكه لان هذا الجواب ان استقام في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله
او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر انفا وذكر الاصل الذي ينبني
عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة
لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته
فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو

في الاحتياج فانظر اي حفظه يستدعي الاباحة مطلقا وانظر اي حق عين يستدعي الحجر
مطلقا فعلقا باباحة مقيدة بشرط السلامة علا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله
والمرتد فيما ذكرنا يعني في وجوب الجناية كالوالب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو الملك
والتصرف في الدابة بالسير على ما اراد الا تحلف لانها في ايديهم وتجب تعرفهم وقوله
ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمالك جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات
السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به وجهه انه اضر منه لما انه ابطل
الايقاف اكثر من السير فلا يلحق به وقوله والسابق ضامن لما فرع من بيان احكام
الوالب بين احكام السابق القايد وقوله والمراد التفصيل اي من قوله لما اعانت
بيدها او رجلها وانما قيد بذلك ليعلم ان المراد به الوطي بانه يوجب الضمان
على السابق القايد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني الرديني
وقوله فيكفيه الاضرار عنه يعني بما اعاد الدابة عن التلف وما يعاده عنها وقوله
وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ماوراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله ولا يلزمه
التحرز وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار
هدر ومعناه النفي بالرجل لان الوطي يكون بالايلاج وقوله واشتمال الفعل
جواب عن قول الشافعي ان فعلا مضاف اليهم يعني انا لا نسلم بالقياس على الاكراه
ولا يصح لان هناك لا نتسالم بخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به
قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل اخر وهو ان
سير الدابة مضاف اليها لا اليه وانما الكلام في الصحة ومع ذلك لا يخلو
عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام
الرجل جبار روى في رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الخفاء
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان العلف يتلفه وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه لا يتصل منها الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان يعني ان كلا واحد
منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمانا بالتلف
بالوطي ولذلك الركوب لم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان
التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل
في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشر
ويذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه قال وانا اصطدم فارسان اي
اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الاخر بفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين
لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي
وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي كلا الوجهين فتعارضتا
روايتاه فرجحنا قوله انا ذكرنا يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق

الى الخر

الى الخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكر من المعنى
فتعارضتا فحتاج الترجيح والثاني ان ما ذكر قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح
حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول انا ذكرنا منصوص بالواقع في البير بسببه
يكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما
ذكر جواب عن السابل المذكور في حقها وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان
موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم القايد فسقط اعتبار الضمان
في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما
فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا
فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة احدله في قتله فيجب على عاقلة كل منهما
عامة دية الاخر فان مشى حتى سقط في البير ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر
والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا
حرين في العمد والخطا اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما وفي الخطا
الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد
في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة المقتول الحر فلا ينبغي
ان يسقط عن العاقلة لان الدية انما وجبت للميت لا بحالة والورثة يخلفونه
والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط
عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على يده وما يحدث منه فان
الدية تصير لهما وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا
كان الواجب هو الجاني وههنا الواجب وارثه فبالنظر الى ان المستحق او هو الجاني
تسقط وبالنظر الى ان الواجب عين لا تسقط فلا تسقط بالشك والباقي واضح
وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج وسايرالادوات كما في المحمول
على ما تقدم اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد
حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله
ومن قاد قطارا القطار الابل يقطر على تشوا حد والجمع قطر وكلامه واضح قال
وان ربط رجل بعيرا الى قطار رجل ربط بعيرا الى قطار ربيعوده رجل فلما ان يعلم
بربطه القايد اولم يعلم فان كان الثاني وقد وطيء المربوط انسانا ضمن عاقلة الدية
لانه كان تحرز عن ربط البعير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في قتله على
العاقلة كما في القتل الخطا ثم يرجع عاقلة القايد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط
لانه هو الذي اوقعهم في هذه الورطة كذا في الجامع الصغير ووقع في عيان المبسوط
ضمن القايد ثم يرجع على الذي ربط البعير وفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط
متبوعية الضمان فانه في الحقيقة على القايد والرابط الا ان العواقل يعتبر عنهما واعتبر

في الجامع الصغير حاصل الضمان وقران وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان
القايد جين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليه بشيء ولم يذكر
الظهور وقوله واما الاجنبي الضمان عليها ابتداء ظاهر وقوله قالوا هذا يعني ان لفظ
الجامع الصغير يتعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القايد
على عاقلة الرابط اذا ربط واقطار يسيرا ما اذا ربط والابل تسير ثم قاد بعضها فاندفع
القايد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكر في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد بها
لقوله بعد ولهذا ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا
وساقه فاصاب في فور بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن لان الرسل السايق لعدم اعتبار السوق
والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك وقتل صيدا لحرم لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم
الارسال اذا لم يكن له طريق سواه اي سوى طريق يمينة او يسرة وقوله او كذا اذا
ما او وصل بحيث لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم يتعطف يمنة ويسرة وقوله وكذا اذا
وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذا اي وقفة الدابة تنافي مقصود
المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وخلاف
معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بينه الوقفتين وقوله على قول
ابي حنيفة رحمه الله في الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا قوله لما مر اشار الى قوله انقطع حكم
الارسال وقوله وقال محمد هي المتفلتة اي انهما التي قاده النبي صلى الله عليه وسلم
فعلا هي المتفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بحار
كما ذكرنا انفا فكان تقييدا احترازا عن الاخراج على عمومه وقوله من ارسال واحواله
يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية كان من حق الكلام ان يقول من
الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها تاويل الكلمة اذ السوق والقود
لما كان لحاقا للارسال كان للارسال احوالا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب
التعدي اخا وبعضها اجنبا من غير دليل وليس بشيء لانه ليس ههنا موجب معتوي يخولف
فيما يقتضيه حتى نتكلف لتصحيح ذلك قال شاة لقصاب فيها بمنها الجزر القطع وجزر
الجزور بجزرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تونث واما قال
وهو من ربع البهيمة ولم يقل ومعز لتبين ان البقر والابل وان اعد اللحم كالشاة لا يختلف
الجواب فيهما بل سواء كان معدين للحم او للحرث والحمل والركوب فيه ربع البهيمة كما في الذبي
لا يوكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتبار بالشاة عملا بالظاهر
ولنا ما روي عن خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب
ذلك وروي عن عمر انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيما لا يوكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير الماكول

من الحمل

من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ما كول اللحم يلحق به وقوله ولان فيه
مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وقيد اشار الى الجواب عن القياس
على الشاة فان المقصود منها اللحم وقما العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزمه نقصان
المالية وقوله فلا بد اما من اقامة العلة دليل اخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على
الاول الا يرى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة اذا قالوا فخر الاسلام وانما قال ذلك لان
المحل هو في هذا الباب النفس وهو وجود في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او حبسه يعني
بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب لانها فان قيل القياس يقتضي ان
يلزم الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه
فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس ترك بالاثر وفيه ابن عمر وابن
مسعود وقد اشار المصنف ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والراكب مدفوعان بدفع
الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لانها الوسيلة المملكة الى الكات منها فكانت مضطرة
في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك فكان الناخس
بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والدفع الى الشيء ان كان مباشرا
لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا تجب عليه حرا المباشرة ان فرض مباشرا والسبب
ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما ال البهيمة اوجب الضمان على الناخس
دون الراكب والسابق ايضا عند اكثر المشايخ وهي ما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انما توجبه على
السابق اذا كان بلا اذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو ماذون كان سابقا وامكان التحرز انما
يعتبر في حق غير المتعدي وهو غير الماذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله وان الناخس يتعد
في تسييبه دليل اخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس
من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان
يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلفت بالوطء لانه تحصل التلف بالفعل كما تقدم وقيل الكلام
ههنا في ذلك وانما هو في البهيمة بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين ويرجح الناخس
في التغرم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا يساعد ان شرطه اذا كان مفقودا لا يصار اليه
حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغرم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان
ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بينا اشار الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعا
في النهاية هو قوله لانه متعد في تسييبه وليس بشيء تامل وقوله والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال ويقيد ملكه احترازا عما تقدم من الايمان
في غير الملك فانه ينتصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والسابق الى الوطء مضاف الى الناخس
لانه كالسابق الحامل والسابق مع الراكب يضمن ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن
ابي يوسف وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى البهيمة
وقوله ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود نقصان السوق من الاتلاف فليس بمسه

ولا من ضروراته وقوله يقتصر عليه اي على الناحس لان الراكب اذل له بالسوق
لانا لاعطاء والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سوال تقريره الراكب
صاحب علة للوطي على معنى يستعمل الرجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة
فعل حقيقة ولهذا تجب عليه الكفارة دون الناحس والناحس صاحب شرط في حق فعل
الوطي والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطي لكن التحس
ليس بشرط لهذه العلة لناحس عن الركوب بل هو شرط وعلة للسير والسير علة للوطي
فكان الوطي ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لهذا بما ذكر في الكتاب وهو واضح
وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان
على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على
الرجل فلانه لم يصير لها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت متلفة وفعله جنايته
وقوله والناحس اذا كان عبدا يعني ونحن نعتبر اذن الراكب فالضمان في رقبته
يدفع بها او يبذي والباقي ظاهر الى اخره باب جناية المملوك الجناية

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الجرو الجناية عليه شرع في بيان
احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لانه لا يكاد العبد
لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فليعا خر باب جنايته عن باب جناية البهيمة
لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السايق او القايد وهم ملاك فاذا
واذا جنى العبد جناية خطا اعلم ان التقييد بالخطا ههنا مفيد في الجناية في النفس
لانه اذا كان عمدا تجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يتقيد لان خطا العبد
وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين
العبد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل للمولى اما
ان يدفعها او يبذيه يعني بعد الاستبانة فانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك
حتى يبرا المجني عليه اعتبار الجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه لا شيء في جناية
الحر الا ان موجبه يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول
وهو لا يجوز وقوله وفايدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق تعتبر وقت الوجوب
على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد
فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار محتارا للفداء وقوله والمسئلة مختلفة بين
الصحابة فمن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه
وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر مثل مذهبه قال لعبيد
الناس اموالكم جرا جنايتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لانا لتمن قيمة العبد وقوله فوجب
في رقبته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلا للمالية
رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية

على

وجوب صح

على المال وفي بعض النسخ كما في الذي يعني اذا قتل الذي رجلا خطا تجب ديته في ذمته
لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة
وقوله ولنا ان الاصل الى اخره ظاهر وفيه تجب وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان
حكمها عندنا الوجوب على المولى وعند الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على اصل
وتحن على اصل فمن اين نقوم لاحدنا حجة على الاخر وبيان ذلك ان يقال الشافعي جعل وجوب
جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا
الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف
الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله
وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا يعقل المال فيجب في ذمته ولما اصلنا فهو ثابت
في نفسه مستند الى النص الذي يعقل ابطاله ليس بمقيس على اصل يبطل بالداء
الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية تجب على المتلف يبطل ايضا بقولنا
الاصل ذلك في موجب جناية العمد والخطا والاول مسلم ولا يمتد اذا الكلام في
الخطا والثاني في عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول
والاصل في الجاني ان يلزمه موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو صادر على
المطلوب وقوله الا انه تعين سببا من قوله والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى
عاقلته لما كان مخيرا كما في سايرالعواقل ووجه ذلك ما ذكرنا في الكتاب وتحقيقه
ان الخطا يوجب التخفيف ولما كان في سايرالعواقل لم تر ظهر فيها بالتوزيع والقسمة
على وجه لا يورث الاجحاف ولما ههنا فالمولى واحد فاظهرنا فيه باثبات الخيار وقوله
غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى
وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن
عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في
مال الركوب فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينقل الى القيمة
ولهذا اي وللون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل
وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها الكرخي ان الدية هو الاصل
وللمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكرنا في الاول
ان بعض مشايخنا ذكروا ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله الخلاص بالدفع ثم
قالوا والرواية بخلاف الحر الجاني وجواب عما يذكر ههنا سنستشهد انه كما ذكرناه انفا
ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها
تجب على العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد قال فان دفعه ملكه ولي الجناية
فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش الجناية وكل
يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختيار عين العبد وهو ظاهر والتاجيل

في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل برمته وتحصيل الحاصل باطل ولما
الغا فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه وله اسمي فداء اما حكم
قبل لو زال الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الاترى ان المال قد يقع بدلا عن
القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا
تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وعبر ذلك
واجيب بان الفداء الواجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش
وهما عينان موجلا يقتضي كونه كذلك ولما اختار المولى كان دينا في ذمته
كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل
في الديون عارض فلهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فيخرج عن جانب الحلول
والاجل فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفروعه
وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل
ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية والمسايل المذكورة تتعذر بذلك
وهو ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والواجب بالعفو
مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق البينة به ليكون مطهرا شرعا بخلاف المال فانه
كذلك فيه لبس امر ضروري يمنعه عن الحاق الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به
لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالا فهو ضروري لان ذلك لزمه باختياره على الدفع
فهو ضرر رضي وقوله على ما بينا اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو
الدفع الى اخر وان مات اي العبد الجاني قبل ما اختار المولى الفداء قولا او فعلا
لم يمر الموت العبد عن الفداء وطولب بالقرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين
فان الخاسخير وان عين احدها قولا لم يتعين وههنا قد تعين واجيب بان
حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله
فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به وقوله لان تعلق الاولى ان الجناية الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن
فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن
وعليه ديون اخر سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او معه لا يتعلق سائر
الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته عين وههنا لم يمنع اجيب بان
في الرهن اتلافا واستيفاء حكما فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق عين وليس في الجناية
كذلك وقوله على قدر ارش جنايته الا ان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه
فلا بد من ان يقسم على قدر العوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثاني وقوله وعلى هذا حكم الشجاج يعني لو شج رجلا موضحة ولغرها شجة
اخر منقلة ثم اختار المولى الدفع بدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له

خمسماية والى صاحب المامومة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة بعضه لان له الفا
وخمسماية فيقتسمون الرقبة هكذا او قوله وهي الجنايات المختلفة يعني فجاز ان يختار في
احدهم خلاف ما اختاره الاثنان كما لو انفرد كل واحد منهم قوله والحق يجب للقبول جواب عما يقال
الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب
ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجه الانسلام ان المستحق متعدد بل هو واحد
لان الحق يجب للمقتول اي احرار لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت
حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت
اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى قال فان اعتقه المولى
وهو ايسر بالجناية الاصل في جنس من المسايل ان المولى اذا علم بجناية العبد
وتصرف فيه فان تصرف بما يمنع من الدفع صار مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم
بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الاقل من قيمته العبد ومن ارش الجناية
وعلى هذا خرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله على هذين الوجهين يعني قبل
العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية
فقال المولى هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغايب وديعة عندي
او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم يندفع
عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقام اخر الامر الى قدوم الغايب وان لم
يقم خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع وقوله
والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال
في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد به قوله
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى اخره وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا
جنى العبد جناية خطا فانه بنتظم النفس وما دونه وقوله وكذا العمد يختلفان
كل واحد مال وقوله لانه بزيل الملك لا خلاف فيه ذلك واما الخلاف في الدخول في
ملك المشتري وعدمه وليس نحتاج اليه وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع
وخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال قبل المشتري بشرط
الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبايع بشرط الخيار لنفسه او اعرض
على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى البيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض
على البيع مختارا للفداء واجيب بان ثم ضرورة لم تتحقق ههنا وهي ان لو لم يجعل مجيزا
وفاسخا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى
وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء لصح هذا التصرف لم يتبين
بالدفع انه تصرف في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في
الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء لصح هذا التصرف لم يتبين بالدفع انه تصرف

في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني
على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق
العتق بالاداء وكانت الكتابة كتدبير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قبل
يعني في اختيار الفداء وقبل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه
يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا او اذلت قيمته بقيا اثر الضرب فهو مختار اذا كان
عالما بالجناية لانه حبس جزء منه واما اذا ضربه ولم ينقصه ولا اذل من قيمته
ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم ان باخذ ما نقصه ولا ضمان على المولى لانه لم يرض به
ناقصا صار كان النقصان حصل بافة سماوية وقوله وكذا اذا كانت بكرا فوطئها يعني
يصير مختارا للفداء وان لم يكن الوطي معلقا لما قلنا انه حبس جزء منه وقوله بخلاف
التزوج يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع لانه لا يمنع عن البيع
وعلل المصنف بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو
اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فانه لهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان
حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزوج
تعييب والتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يدها وعينها وذلك لان
التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك
وقوله وبخلاف ولي البنت فانه لا يصير المولى مختارا للفداء اما لم يكن معلقا في ظاهر
الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن
ابي يوسف ان مطلق الولي يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكانا الولي دليلا
على اسبال العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط
الخيار فان الولي هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا
كان معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الولي حراما لانه اذا اختار العقد
بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فيتبين ان الولي
حصل في غير ملكه فللاحتراز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا وطئها بالجناية يملكها ولي
الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين انه الولي كان في غير
ملكه وقوله بخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون فداء
للعداني لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلا يدل على
الاختيار فلا يصير مختارا بالاجان والرهن في الاظهر لان الاجان تنقض بالاعذار
فيكون قبيا مرجحا وفي الجناية فيه عذر في نقض الاجان والرهن بتلف من قضا الدين
واسترداد المرهن منتفيا فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين المعنيين فلا يحصل به ذلك
اختيارا للفداء قوله في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا
في الاجان والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن

في

في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا سعى الرقبة الا ان لولي
الجناية ان يمتنع من قوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة
العبد تقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله
قال ومن قال لعبد ان قتلت فلانا فانت حر على عتق عبد بجناية بوجوب الدية
مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شجته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل
خلافا لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس بشيء منها
بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة
في الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولانه حرضه دليل اخر ومعناه ان المولى حرض
العبد على ما شرط الشرط وهو القتل او الرمي والتبيح بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى
الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار
وانما قلنا بجناية لانه لو علمه بغير ها مثل ان يقول لعبد ان دخلت الدار فانت حر
ثم جني ثم دخل الدار فان المولى يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند
التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بما اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها
فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص
لا يكون على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى
على ولي الجناية بتعليقه شيأ وقوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق
وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتق وسعى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه
صلحا بنا على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء وكان الدفع بمنزلة
الصلح لسقوط موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان
القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا اشتري تبين ان المال لم يكن واجبا
وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي
كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح
فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمته
عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه
على الاعتاق يدل على قصده بصحة الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم
على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث
منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى ايضا كذلك
دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير اولى
وشرطه صحة الاقتضا وهو امكان المقتضي موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضي به
المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد
الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولاد حتى حرم

في العفو والقتل قوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام وذكر في بعض
نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وان
الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة
المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يتعقه رد
الى مولاه ويجعل الاولياء على الخيرة بين العفو والقتل وقوله وهذا الوضع يرد
اشكالا لاقيل اي الوضع الثاني وهو نسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود
الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو وانه ينبني
عن الخطيئة فيلزم هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس
بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يلزم فيه خطر شيء ولا يرد
اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة
وغيرها يورد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد وسوى الى النفس وما ذكرت حيث لا قصاص
هناك وههنا قالوا يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكرنا
وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوصفان جميعا على القياس والاستحسان
يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان
يجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب
القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان ما يدفع الدفع
وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان
الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وتبطل الجناية لذلك
لان العفو عنها يبطلها بعد ذلك وان بطل العفو بالسراية كما يبقى موجودا حقيقة
وذلك كاف لمنع القصاص امامها فالصلح لا يبطل الجناية بل تقررها حيث صالح عنها
على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم يمتنع العفو به هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه
فالتخريج على ما ذكرناه من قبل قوله وهو قول له لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصد
الى اخذ وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت
القيمة اقل من الارش وقوله اتلف حقين واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين
جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه
كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكون مسافين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا
عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن اما من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي
الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والاصل ان العبد
اذا جنى وعليه دين تجب المولى بين الدفع والفداء فاذا دفع بيع في دين المرتهن
فان فضل شيء كان لاصحاب الجناية وانما بدانا بالدفع لان به توفير الحقين فان
حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعد ذلك لارباب الديون وبني بدانا

ببيعه

ببيعه في الدين نفذ والدفع بالجناية لانه تحدد للمشتري الملك ولم يوجد في بين
جناية فان قيل عاد ما يدفع الدفع اذا كان البيع بالدين بعد واجبا اجيب بانها انبات
حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما يبطل
الدين بحدوث الجناية لان موجبها صير ورثة جزافا فاذا كان مشغولا وجب دفعه
مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم
يف بالدين تاخر ان حال الحرية كالبيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم
العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية
اذا كانت الجناية في النفس او ليها وقيمة العبد لصاحب الدين لان العتاق مع العلم
بالجناية يوجب الارش دون القيمة وتدبر وقوله بخلاف ما اذا اتلفها جنين
واضح وقوله فلا يظهر في مقابلته الخ يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون
الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال واذا استدانت الامة المأذون
لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها
في ان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حلي فيها واجب
في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها
ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية العائدة في الام فتسري
الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك
في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع
او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري
الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله والسرايه في الاوصاف
الشرعيه دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان
ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله واعترض بوجهين
احدهما لا نسلم ان دين الامة في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها
لما ضمن كما لو قتل مديون انسانا فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا
لما سري اثر الدفع الى ارش استحقه بجناية جنيا جان ودفعه اليها بطريق الولي
لما ان ولدها جزؤها وارشها ليس كذلك فلما لم يسر الجزء ها لكونه اثرا وصفا حقيقيا
كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن الاول بان وجوب ضمان
قيمة العبد المديون على المولى لتعويته ما تعلق به حق الغرماء واستيفاء من ثمنه لا باعتبار
وجوب الدين على المولى ولا يوجب عليه ايفاء الديون ولا ضمان قيمة العبد واما لا يضمن
القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين
ضمانا وضمان العبد وان يعتد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة
لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فلا اعتبار لان الاتلاف هناك لا في محل

يمكن الاستغناء عنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت
مخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل جزء متصل فات بالجناية ودلي الجناية
قد استحق بكل جزء منه فاذا فات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت
واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد
فانه بعد الانفصال لم يبق جزءا لابد لاعن جزء وقوله وان كان العبد لرجل صورته
المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرمة قبل الجناية وفي المبسوط بعدها
ولا تفاوت في ذلك وقوله وامر العبد يعني من كل الوجه لا من قسط فيها وبرا
المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى تصير به مختارا واللعدا ان علم بذلك
او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم وذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا
الاقرار ولا على المولى لبشيء ولا على العاقلة الا لحجة قوله وان اعتق العبد يعني اذا
اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الاخر بل
قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقرار الى حالة
معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في
جناية العبد على المولى دفعا وقد ادعى عليه ما يبريه فلا يسمع والحاصل ان هذه المسائل على
ثلاثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اضاف العلة الى وطيها وفي
وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم
في يدي وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا
على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط
المطالبة والاخران من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه
الاول يخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني يخرج على الاصل الثاني بالاتفاق
والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله واذا اقر العبد المحجور
على الوجه الذي ذكرنا ظاهر وقوله على بيناه من قبل اشارة الى ما ذكر في فصل
الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة
لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء وقيمة العبد لانه انما اتلف
بامر مولاه الا تلمسها قال واذا قتل العبد رجلين عمدا كلامه واضح الى قوله
وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العاقل في مذهب ابي حنيفة
واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قيمة العين اذا وجبت بسبب دين
في الذمة كالغصوب في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمحاصة
لعدم المحايزة في الذمة بيانه حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه
اما اذا وجبت قيمة العين ابتداء بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي
ان فضوليا لو باع عبد انسان كذا وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين

عينك

عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك براءته عن ضمان العين فقاصا
وارشا وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة يريد به وجوب نصف
الدية عليه وهذا بناء على ان جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم
تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل التعيين
وله العدول الى المال فيسقط العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك
فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقأ العين بالتقرير
لا قصاص فيه ولا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقأ به فورها
ولم تخسف ولا قصاص فيه جاز وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا احتز وهو
مستأمن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكر بيانا لمسئلة اخرى
صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم حرجا الينا
فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فالقول
على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه محمد انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية
للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذ دينا فقد
اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يسمع الا بحجة والحاصل ان هذه المسائل على
ثلاثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اضاف العلة الى وطيها وفي
وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم
في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا
على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط
المطالبة والاخران من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه
الاول يخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني يخرج على الاصل الثاني بالاتفاق
والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله واذا اقر العبد المحجور
على الوجه الذي ذكرنا ظاهر وقوله على بيناه من قبل اشارة الى ما ذكر في فصل
الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة
لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء وقيمة العبد لانه انما اتلف
بامر مولاه الا تلمسها قال واذا قتل العبد رجلين عمدا كلامه واضح الى قوله
وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العاقل في مذهب ابي حنيفة
واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قيمة العين اذا وجبت بسبب دين
في الذمة كالغصوب في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمحاصة
لعدم المحايزة في الذمة بيانه حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه
اما اذا وجبت قيمة العين ابتداء بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي
ان فضوليا لو باع عبد انسان كذا وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين

شبكة الألوكة www.alukah.net

كان العبد بين المشتريين اربا عا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت
في العين ابتداء يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين لواحد تضيق عن الحقين
على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسئلة اثلثة ارباع
العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للسالمة من ولي العمد لان حق ولي العمد ان في جميع
الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف
بلا منازعة بقي النصف الاخر واستوت منازعة ولي الخطا والسالمة من ولي العمد
في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق
المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقها ليس في عين
العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق
العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة آلاف وحق شريكه العافي في
خمسة فيضرب كل واحد منهما بحسبه لرجل عليه ثلاثة آلاف درهم آلف لرجل
والف لاخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق
العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا
بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله واذا كان
عبد بين رجلين فصل مولى فسر المصنف بقوله اي قريبا لها قال الله تعالى واني
خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبدا لهما اعتقاه فعفا احدهما
بطل حق الآخر في النصف والمال جميعا عند ابي حنيفة وقالا يبقى للعافي ادفع نصفه
نصيبك الى شريكك او افد بر فع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول
محمد مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف قالا ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد
من المولين في نصف القصاص ثابتا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص
له لان العبد في حق الدم مبني على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبي يستحق دمه
بالقصاص لم يكن مستحقا لدم الملك فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف
مالا غير انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما
يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب
صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فكذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع
او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة ان نصيبه العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو
النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملكه
نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي
فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا الاحتمال ذلك لا ينقلب
مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الحوابي في هذا الموضع اختلافا كثيرا
والتعويل على المسموع فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع

في بيان

في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ومن قتل
عبدا خطا فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف
درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على
الدية قضي لها بخمسة آلاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف
اخرا وهو قول الشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا فيمته عشرون
وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية
وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه تجب للمولى قيمة
لا ملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد
ويتقاعد ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او بدلا ان هلك وصار قليل القيمة وكالغصب
واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما يرى ترجيح جانب المالية على الادمية
لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس
وما يقابل المال ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه
الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطا حرا كان او عبدا
والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية ولا ان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا
بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والادمية اعلاها
لا محالة فيجب اعتبارها بهذا الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي
الى اهدارها جميعا لان الادمية اصل لقيام المالية وفي اهدار الاصل اهدار
التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر
بل الواجب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب
الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز العول به لخروجه عن الاجماع وقوله هما ان
الغصب جواب عن قولهما وكالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل
العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باسر
عبد الله بن مسعود وقع في بعض نسخ السير عن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة
العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ
واعترض بان ابن عباس مسعود معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر اوجبوا
في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان الذي روي عن ابن مسعود راجحان
فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل وليس فيما روي عن غيره ذلك بل
فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته ما التفت وكان محمولا على انهم قالوا ذلك
وفعله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله
لا يزاد على خمسة آلاف اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكر خلاف
ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط قائما طرف الملوك فتر بينا ان المعتبر فيه المالية

لانه لا يمين بالقصاص ولا بالمال فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت
الا ان محمدا قال في بعض الروايات القود لعبد يؤدي الى ان يجب قطع طرف العبد
فوق ما يجب بمقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب
خمسة الاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة
العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية لانه على القيمة بدل
الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى وديه مسلمة الى اهله
وقوله وان عصب امة ظاهر اقال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى يعني المسئلة
ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له وارث غير المولى
وقوله لاستيفاء من له الحق يعني المستوفي في حالة تمنع القصاص وقوله وفيه الكلام
اي فيما اذا كان له وارث غير المولى وقبل اي في وجوبه على وجه يستوفى لاعلى ايجاب الوجوب
لانه لا فائدة فاذا فات المقصود سقط اعتبار وقبل اي في تعذر الاستيفاء وقبل اي
في تحقق اسبابه فيما عن فيه متعذر والاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزال الاسباب وجواب
عما قال سلمنا ان من له الحق سببه لكن يزول الاسبب باجتماعهما ووجه ان اجتماعهما
لا يزيل الا ان الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة
بالعكس عند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون اجتماعهما
مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم ينفرد
بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا
استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال
الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى
هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي يثبت بالشبهات
فانه يحترز بهذا عن قوله لآخر لك على الف درهم من قرض فقال المقر له بل من ثمن
مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يتسع
للبدل والاباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان القصاص
بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك
والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعد بحل الوطي وهو
مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البدل وهو راجع الى الاول وقوله
ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل آخر وذلك لان الاعتاق يفيد البراءة مخالفة
للبداية وذلك يمنع القصاص الا ترى ان مزجرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه
ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان
فاذا كان خطأ فالاعتاق وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة البراءة
للبداية لا يتصل بينهما وبانقطاعه يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع

القصاص

القصاص كانه تلف بافة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى للورثة جرحا
بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سري سراية
الجناية قبل القطع ولما انتفى سرت ولانه لا استيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان
المقضي له وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت
الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى حيث يجب
القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له
هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب هنا اني في
الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد وارث سوى المولى في العمد ان الحكم وهو استيفاء
القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني
المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية الى آخره فان الحكم فيه يختلف
لان ملك العين مما يبرئ ملك النكاح كما ان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك
اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله
والاعتاق لا يقطع السراية جوابا عن قوله ولان الاعتاق قاطع السراية ومعناه
الاعتاق قاطع السراية في صورة الخطأ دون العمد وذلك لان الاعتاق انما يقطع السراية
لدلالته على الاستيفاء من له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون
الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرمته
فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فوجبه القصاص والعبد يبقى
على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذا لعرض
انه لا وارث له سواه فلا اشتباه فيحمل له الحق والحاصل من هذا كله ان صور من قطع
يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يزيد على ربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ
فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان لم يكن لا ينقطع
السراية بالاعتاق فلا يجب القصاص لجالة المقتضي له والمقضي به وان لم يكن لا ينقطع
عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق ينقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن
فلا تجب القيمة او الدية بل تجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال ومن قال
لعبديه احدكما حر ثم سحا اذا قال لعبديه احدكما حر ثم سحا فاوقع العتق على احدهما اي
بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم يزل
على احدهما في حق الارش قبينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما
في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما وقتل تبين ان العتق في الآخر فاشتبها
للولي لان العتق عبر نازل في المعين والسحة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق السحة
فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية
حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهر من وجه

ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشا من وجه حتى يشترط صلاحية المحل لانشاء الولاية واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه احدهما فبين العتق به لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المولى لا يجبر على انشاء العتق والعبد فقد الشحمة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقها وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا نحقا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد وبقية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له وارث غير المولى فظاهر وان كانت تكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان فاما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما اولى من الاخر حرا كانا يتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر موجب الدية وليس احدهما اولى من الاخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كان غير نازل واما صورة نازل في المنكر كما يتبين ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة كان العتق في حق المولى ثبت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين والحكم يد راعهما قتل او لا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل للاول قيمة الاول للمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره في المصنف فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله وان البيان معطوف على ان في قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان البيان سببا يثبت العتق في المحل لانه لا يفيد فايدة العتق من اصله الولاية للمعتق والشهادة وغير ذلك فلا معتبر به في الشرع وانما معناه ضرورة صحة التصرف واثباته له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في التعيين فيما محل العتق دون الاطراف لانه ان حل احل تبعا فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس قال رحمه الله ومن قال لعبدي ملوك هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي لذلك وقاس على ما اذا قطع يد مدبري حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وقال احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات اي جميع البدن وصح مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وكانت اولى

باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كانت قياما بها فيها لانها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات وكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقدر بقية الكل واذا قيمة الكل تقتضي تلك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا قتل عيني حر لانه ليس بينه وبين المماثلة وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وقفا احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال وهما اي ابو يوسف ومحمد ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرنا وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الجاني وبين الملازمة بقوله كما في باب الاستيلاء فان من حرق ثوب عبد حرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير محدرة بنيه وفي الاطراف بقيا الا ترى ان عبدا الى اخره واضح وقوله ثم من احكام الاول اي الادمية ان لا ينقسم على الاخر اي لا يتوزع كالبدل النفس على النفس والغايت من الطرف بل يكون بازاء الغايت لا غير كما في قطع عيني الحر والتمثيل للجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويمثل الجثة كما في تخريق الثوب فوزعنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا على بازاء الغايت لا عموما بالنظر الى المالية ليس له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما انه ليس له ذلك في الماليات قلنا الغالب في جانب المالية اصلاحيث جعله كخرق عيناه فوزعنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع العبد واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الادمية فصل في جناية المدبر وام الولد لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والاحتياط في اسم المملوكية اوجبا تاخير ذكرها عن ذكر المدبر قال رحمه الله واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر على سيده في ماله دون ما قاله حالد لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وكان ابيرا بالشام وقضايا ه تظهر بين الصحابة وكان كالاجماع بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان حجة ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكر في الكتاب ويضمن المولى لا قل من قيمته ومن الارش لاحق لولي الجناية في الزائد من الارش ولا منع من المولى في الزائد من القيمة وقوله ولا تجب بين

الاقل والاكثر واضح وقوله ويتفاوتون بالحصص فيها اي في القيمة وتعتبر قيمته لكل
واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صوره ما ذكر في المبسوط وقال واذا قتل
المدبر رجلا خطا وقيمته الف درهم ثم زاد سعره فبلغت قيمته الفين ثم قتل آخر خطا ثم اصابه عيب
فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطا فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان
ولم يكن منه الامكان الجناية لكان المولى ضامنا لقيمته الفين ثم الف من هذا لولي القتيل الاوسط
خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف
الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين القتيل الاول وبين
الاوسط لانه لا حق له في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على
وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط
بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر
بعشرة الاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف الا ما اخذه لانه وصل
اليه من حقه مقدار الماخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين
وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه
ما لزمه الا رد قيمة واحد بجنايته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان دفع
قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة
في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء
اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه لم يكن في الدفع
لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا
دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يأمر القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغيره
القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان كل واحد من الدافع والقابض جان
اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية
الاولى فبقبضه حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فتخير في الرجوع وبين
ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى
ومتأخر حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية
كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطال ما تعلق به حق الثاني ولهذا يشارك ولي الجناية
الثانية وذلك لانه تجب على عبد الضمان باعتبار رفع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في
حق اولياء الجنايتين سواء فجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع
الجاني جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار وكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين
يعني لما عملنا شبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمة يوم الجناية الثانية في حقها
وجب ان نعمل شبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة
في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولو لم تجعل كالمقارنة

اذا

اذا دفع بعضا لا نه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر وقوله واذا اعتق المولى
المدبر الجاني واضح باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية
في ذلك لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه
وذكر حكم من يجني به قال ومن قطع يد عبد ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسئلة
ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما
بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بافة سماوية فتجب قيمته
اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار
المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد
فيبرأ الغاصب عن الضمان واعترض الامام قاضيخان بان هذا يخالف مذهبنا
فان الغصب لا يقطع السراية فلم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية
انما تقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما
قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الا انها انما
صمن الغاصب هنا قيمة العبد قطع لان السراية وان لم تقطع فالغصب على اطلاقه ورد
على ما لا متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب
ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب
حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب
لم تثبت يد على العبد حقيقة واثبت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب
بانقطاع السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد
الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان
حكميتان لمالكها والعبد الحقيقة واجب الرفع للوبها لا تصلح لاعراضا ولا موجبا وقوله
واذا غصب العبد المجروح عليه واضح وقوله مواخذ بافعاله يعني في حال رقه واما
في افراله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به
المال فلا يواخذ به في رقه وانما يواخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا
واضح وقوله من غير ان يصير مختارا للفداء ان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية
تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته
فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظاهر وقوله
فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما اذا
غصب عبدا جانيا في يد ورده على المولى فجني جناية ودفع الى ولي الجنايتين كان
للمولى ان يأخذ من الغاصب كذا هذا نصف قيمته كذا هذا وقوله وبدفعه اي ان
النصف المأخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى يرجع بذلك اي بالمدفوع الى
ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة

وابي يوسف وقال يرجع بنصف قيمته فيسلمه اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى الا الذي
يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من حصته لولي الجناية الاولى فلا يؤدي اليه ليلا يؤدي
الى اضاع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وجه لا ينكر والاستحقاق والجواب ان المولى يملك
ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذ ولي الجناية الثانية دون
الاولى فلا تجتمع البدلية والمبدلية في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين جني
في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد
المالك فارغا اخذ تمام حقه واذا اخذ منه يرجع المولى بما اخذ على الغاصب لانه
استحق من يده لسبب كان في يد الغاصب وايمرض بان الثانية قارنت للاولى فليفد
يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت كالمتقدمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها
متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها
فلا يمنع بلا مانع قال رحمه الله وان كان عند المولى فغصبه رجل هذه المسئلة
على المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمها اذكر وهو الاتفاق والفرق لمحمد
بينهما وبين المسئلة المتقدمة انه حين دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية
الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كانت
المولى من الغاصب بلا اعادة دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة
عند الغاصب واذا لم يكن بد من الاعادة دفع اليه لا يدري ما لدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم
ثم وضع يعني ان محمدا وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد وما وضعه في المدبر
وكلامه فيه واضح قوله ومن غصب مدبرا فجنى عند جناية كذلك وقوله ثم قيل
هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة
الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من
حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب قبل وهذا هو الصحيح ان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير
بلا خلاف وكذا قرن فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج
الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكرت في الكتاب اما في هذه المسئلة فيمكن ان يقال اخذ من يد نظر
لان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اولا ومن
لم يبق لولي الاولى استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذ قوله
ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع على
طريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح خلا
انه يرد على وجه الاستحسان اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه
الاصح والتقدي في التسبيب فيه موجود ولجيبه بان المكاتب في يد نفسه وان كان
صغيرا لانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه

فكذا

فكذا الكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن فعديا
فما به شيء من ذلك اجيب بان حكمه ان ينظر ان كان القاتل قتل ولم يمكن التحرز عنه
ضمن لان المقصود محجز عن حفظ نفسه بما منع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع
من حفظ نفسه لا يضمن لان الباقي العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا
الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه
حفظ نفسه قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فلا ضمان عليه وذكر في شرح الطحاوي
من اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه
ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل
الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي
حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا
على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تسع حسن
وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعد ما بعد فخر الاسلام حيث ذكر
في الجامع الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي
خان والترجماني في الحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي
عاقلا وان لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكذا اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع
ثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من اتلفه
لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يد في المال اليه وقوله في يد بايعه اي من
الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعه عن الايداع ومن فعل كذلك
لا يستحق النظر لانه اوقع ماله في يد ممنوع يد غير عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها
باقامة غير مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي
على نفسه فكان مضيعا من جهته وفي قوله لا ولاية له على الصبي فيه نظر لان اقامة
غير مقام نفسه لا تستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه لانسداد
باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا لما قال لو كان الايداع من الصبي
تسليطا له على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير لحفظه لان
التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه كما
قال اقامة غير مقام نفسه ليس لزما اذ الولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه
الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك
في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته لحقه اي لحق الصبي يعني باعتبار ان المالك
يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر في ماله وولاية الاستهلاك حتى يكون عبث من
الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية الاستهلاك عبده فلا يجوز تمكين غيره من الاستهلاك

فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز تعليق عين من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اودع صبي شاة فحنثه فانه لا يضمن ورب الشاة فانه كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك واما لا يملك حنثه من حيث انه تفويت فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يد المالك دون عين يعني ان المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن عين وماله معصوم في حق عين فكان بايا

لقسامة لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤدي الى القسامة ذكرها في اخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او ذار وحد فيما قتيل به اخر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وشيئا وجود القتيل فيها ذكرنا وركنها اجرا اليمين المذكورة على لسانه وشطرها بلوغه وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان طلبوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى اولياء العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطا ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن تهمة القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سيأتي قوله تتخيرهم اولياء اي تختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجزي على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهد له فذهبه اي مذهب الشافعي فانه مذهبنا غير انه يكرر اليمين وقوله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعى عليه بان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له وبينة كلامه واصحه وقوله لا يمين وليس بشيء فانه يحترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منها مع ان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل اداء ها وقوله واذا حلفوا قضى على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلاث سنين وقوله تبرئ اليهود بايمانها قضته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه فجاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخرج فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد احد عبد حويصة ومحيصة وهو الاكبر منهما واخبر بذلك فقال ومن قتله قالوا ومن قتله سوى اليهود قال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار ولا بأس بان ما حلفوا عليه قال عليه السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا كيف نحلف على امر لم نعاينه ولم

نشاهد من قتله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه مائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبرئكم اليهود بايمانها على ان الدية بعد الحلف والحال كانت ثمة ردوا وادعى قتله من قبلهم ان وقوله يدل عليه الطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب الدعوى اشار بذلك الى ما ذكر في قوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسين رجلا منهم الى اخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف المضي في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قالوا من ادعى قصاصا على عين فجحد استحلف بالاجماع الى اخره قال وان لم يكن اهل المحلة خمسين واني ابداي اني ابيه واهل اللغة يقولون وافاه ولم يذكروا ابيا وحكم كل دبر وذكر ولم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه واما اذا نزل من رأسه الى بيته فليس بصلد ليلا على ان القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله وان اجتمعوا بجتمع فيه القسامة والديتان وفي بعض النسخ يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الاخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نصفي حر وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان تجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعيش به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة لانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى لقلة الكرار وقيل كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم ان تكون الكثرة من القسامتين والديتين فيجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران في جميع نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله لان الظاهر ان تمام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكر ولسانه اذا لم تعلم صحتها محكوما منه عدلنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاصا ودية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال ورب ما تواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو خطر اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا ايضا معتبر دفعا لما عسى يدعي القاتل عدمه

لشاهد

عند مرجعا نه واما دليل الاستحقاق فحديث حمل بن مالك وقوله عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا قدوه قال — واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل على دابة يسوقها فالدية على عاقلة السايق دون اهل المحلة سواكان مالكها اولم يكن ولذا اذا كان قايدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسايق والقايد فالدية عليهم لان القتل في يديهم فصاركما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية ثمة على عاقلتهم والقسامة عليهم سواكانوا ملاكا اولم يكونوا وهناك على الملاك لا على السكان واجيب اولا بالانسلم ان الدية تجب على مالك الدابة بل يجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القايد والسايق والراكب فاما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المعتمد من الجواب ان وجوب القسامة على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواكان للدابة مالك معروف اولم يكن والفرق ان العين في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك في الدار هو للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة ونحوها واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير لابي من بيده الدابة لدوالة يده لا المالك عنها بالاجارة وبالانتقال فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله واذا دعاه واجب هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك يشير الى ان اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا لم يبن في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب وقال ابو يوسف يعني اخرا وكان قوله اولا كقولهما وما ذكره ظاهر وقوله وهو على الخطة ذو نا المشتريين الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من العمارات ونحوه عناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه خط خطة لتميز انصبايهم والضمير راجع الى المذكور اي هو المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يتولون تدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويكون بنيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دارين مشتركة ذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فاوجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين قلما يتراضى اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار لذلك فان في عمان ما استثمر من الدار وان اجارها واعادتها هما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فاوجبا القسامة فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشار الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله

لانه الرواية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احداهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبعد اللتيا والتي ما ترى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه محمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكى عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا في الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على انهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر قال — ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل حمل على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق برواية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا اقال ابو حنيفة رواية الحفظ باليد والملك سببها وقالا رواية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللاخر اليد كان اعتبار اليد اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبارا الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فعلى ما ذكرنا وهو الدية على عاقلة البايع وان كان الثاني فعلى عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي نصير اليه ودليلها واضح ولهذا اي ولكون رواية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الوضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد ولذا دليل ابي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال لان القدرة على الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان اصالة ويد المودع ليست كذلك ولذلك المستعير والمستاجر قيل انما افترق ابو حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البنية الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فتكاد على الما والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكرنا الدليل قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب الدار وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده لان الاصل عندهم هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك واليا في واضح وقوله واللفظ اي لفظ القدوري وهو سوا في القسامة على ما روى عن ابي يوسف ان السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد فلا بد من العرف وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال — وان وجد في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله عند ابي يوسف تجب على السكان اي سواكان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي تثبت فيها فعلى ست المال قال في النهاية واما اراده ان يكون تابعا

على قول ابي يوسف او راجع الى من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله او خلصت لهم يرجع الى قوله او خلصت لهم

عنده ع

قوله على من فيها من الركاب والملاح يشمل ربانها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كونه للملاك عند ابي حنيفة ومحمد

على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فوجبا القسامة والدية على
اهل ذلك المكان لورود النص بها صيانة للقتيل اليهم عند الاشكال وكانا لعمل بما ورد به
النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله وان لم يلتقوا عد واصلى ما
بينا اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكرانا موا الى الحاق وقوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة
وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله يعني لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب انه استحق
عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون
عين شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان
قال — واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة
وشهد اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم
كانوا بعرضته ان يصير واخصما وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم
كما لو قبل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة انهم جعلوا خصما تقديرا للتقصير
الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصومة فلا تقبل شهادتهم كما لو مضى اذا خرج من
الوصاية بعد ما بلغ الغلام او بعزل القاضي وقوله على هذين الاصلين
المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم كونه خصما تقبل شهادته في تلك
الحادثة بالاجماع كما لو قبل اذا خاصم ثم عزل والثاني فيما كانت لرجل عرضية ان تصير خصما
ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبل شهادته بالاجماع وابو حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل
الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب
للقسامة والدية قلنا عمروا انا غرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى
الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن
كونهم خصما وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم
فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله يخرج كثير من المسايل
من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر
والوصي في حقوق اليتيم خاصم ولم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين
اذا شهدا على المشتري بالشراء فما لا يظهر ان الشفعة تقبل شهادتهما لانها بعرضية ان
يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله ولو ادعى ظاهر وقوله على ما بيناه
اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله
وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحد لهم لا بينا في
ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة
لم يبق القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة ان كان خطأ فاذا لم يعلم

خرج من ع

عن الحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة تحفظ اهل المحلة فتلزمهم القسامة
والدية على اهل المحلة وكذا في السوق الذي اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحد
فيها دار فلو كذلك تلزم القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك فيوصف بالتقصير
فيجب عليه موجب التقصير قوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان موت دابة بين قريتين
وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لهذه خصوصية
الفرات بذلك وكذلك الوسط ليس للتخصيص بل الحاما دار جاريا قتيل كان حكم الوسط
حكم الشط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد
يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء دار الاسلام فتجب الدية
في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين سواء كان قتيل مكان الانبعاث
او مكان اخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله على التقصير
الذي نعد مرادا به قوله قتيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله
لم تسقط القسامة عنهم يعني الدية على عواقلهم وقوله وقد ذكرناه يعني في المذكور في بعض
النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم انه قتل وليه الى اخره وقوله وقد بيناه من
قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاخلوا
عن قتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين ظهرهم
يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان متحيين كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن
ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من جملتهم
اجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده
قتيلا في محلتهم وقوله لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى
عليه للحديث الذي رويناه اي في اوايل باب القسامة واوله قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي
الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر
لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله
وان وجد في خبا او قسطاط الخبا من الصوف والقسطاط الخيمة العظيمة فكانه اعظم من
الخبا وقوله قتيل اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبايل قبايل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين
فالدية والقسامة عليهم وقوله وان كان القوم لصوصا قتالا يجوز ان يكون حالا اي مقاتلين
ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لصوا في معنى المقاتلة وان يكون مفعولا له اي للقتال
وقوله لان الظاهر ان العدد قتله فكان قدرا يخرج اي ذكر الفرق بين هذه المسئلة وبين
المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاخلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر انفا
وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام وكان يدري
ان القاتل من اي الفريقين يخرج احتمال قتل المشركين حلا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون
الكافرين في مثل ذلك ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثم جهة الحمل

الوضع ع

الجامع ح

الحال ص

على الصلاح

شبكة الألوكة www.alukah.net

الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينئذ بحيث يحيى ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فاعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا كان وقت الجرح صاحب فراش ثم سري فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة والدية وركلي قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلته لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة اما اذا كان صحيحا يبيع ويجني فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذا في الدية والقسامة وقوله ولو كان انسانا معه جرح الى آخره حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله وهذا قد مر في اخر وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد رجل قتيلا في دار اعلم ان المصنف قال قد بينه على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة ثم قال في دليله وهذا ظهور القتل الدار الدية للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تناقض بينهم وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما محتملا اشار الى الاول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف الى عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فليف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم تحلف الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له ثم اعلم بانه منع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص عن يعلم حال القتل وليس منهم من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فتلاقوا في دار فيكون فيهم من يعلم حالها دون المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما التوفيق منه تعالى الله تعالى ولما استقر ورود مسئلة الكتاب اذا وجد قتيلا في دار كالتفصيل على ما ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهور الى آخره يعني انا سلمنا ورود الكتاب هذا اذا كان حال ظهور

قتله

ومن قتل نفسه ع

قتله فبقيت الدار على حكم ملكه لان الكرامة لا تنتقل اذا مات عن وفاء يقضي به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملكه جعل قتيل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحرفانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غير ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر وقوله كما اذا وجد قتيل في محلة يعني ان تورم قتل نفسه فيه موجود ولم يتبين فكذلك ههنا وقوله قال المتاخرون اي مشائخنا ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه المسئلة على ما يجيء للعاقل واما دخلت في هذه الصورة لانها لما نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة كما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل يجب على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى اهل القرية كتاب ——— المعاقل لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من بد من معرفتها بد فذكرها واحكامها في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله كل دية مبتدا وقوله على العاقلة خبر وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب فيها بسبب الصلح او الجنون فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية تاويل العقل وقوله ولذا الذي قتل شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي الجاب مال عظيم احجاف بفتح الهمزة واستيصاله وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حالة الرمي في الفعل والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتبت اسامیهم في الديوان الديوان الجريدة من دوّن الكتب اذا جمعها فانقطع من القوة الحبس مجموعة ويروى ان عمر اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطي اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطا وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير بمعنى جواب عن قول الشافعي ولا نسخ نبدع وقوله بالحلف الحلف بكسر الحا العهد بين القوم وسمي قولهم حالفوا على التناصر والمراد به الموالاة وقوله والولا اي ولا العتاقة وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم فيقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلثة اي ثلث سنين او اقل مثل ان تخرج عطاياهم الثلث في ست سنين توخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون الماخوذ منهم مثل اعطيته وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلث سنين او اقل منها وقوله وتاويله اي تاويل كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما توخذ منهم في ثلث سنين

شبكة الألوكة www.alukah.net

بعد القضاء فيكون المراد ثلث سنين في المستقبل فلا بد من التاويل وقوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله واذا كان جميع الدية واضح وقوله
ولما ان القياس يابا ه اي القياس يابى ايجاب المال عقاوبة النفس يعني لا يقتضيه
لان القياس مرجح الشرع وهي لا تناقض والشرع ورد به اي بايجاب المال موجلا في الخطا
فلا يبعده فان قيل هذا ليس في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا
وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التاجيل للتخفيف
لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالضمن
ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما ثبت
من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء وهاهنا من وقته اي من وقت
القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل
القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد
العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل
بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما تبين وقوله وهذا اي قولنا القدوري يزاد الواحد
على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها اثنان الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع
الدية فاذا اخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلثة او اربعة دراهم كان من جميع الدية
تسعة او اثني عشر وليس كذلك فان محمدا نص على انه يزاد كل واحد من جميع الدية
في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم
وثلث درهم وقوله وهو اصح احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا حاصله من اشتباه كلام
القدوري ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله ضم اليهم اقرب القبايل معناه نسبا
قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العربي لان العرب حفظت انسابهم فامكننا ايجاب
العقل على اقرب القبايل من القاتل نسبا فعند ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم
يعتبر المحال قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العربي من حيث النسب اما في حق العجمي
فلا يستقيم لان العجم ضيعوا انسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على اقرب القبايل من القاتل
نسبا فعند ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم يعتبر المحال والقرب الى اقرب فالاقرب وقال
بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيسوي بين الكل يعني الاب والابناء وغيرهم
لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل الحاب
الورق قيل الفرق بين العطية والرزقة ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزقة
ما تجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر قوله وادخل القاتل مع
العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية
عندنا ايضا كما لا يجب عند الشافعي قال وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ
في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما

من

من الدية قيل انه تناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل العاقل فيما اذا وجد
القتيل في دار امراة حيث ادخل المتاخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس
بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة لشبه وجوب
القسامة لا يقال اذا لم يجب على المراة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها
شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول ثبوت القسامة ليستلزم وجوب الدية على
المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فتحقق
اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب مبني
على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى
ان قال ولا امراة وعبد وقال هاهنا ولو وجد قتيل في قرية امراة فعند ابي حنيفة
ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب ان ذلك مذكور في
سياق قوله وان لم تحمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان معناه لا تحمل اهل المحلة خمسين
من الصبي والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما هنا القتيل
وجد في قريتها فيجب عليها يمينا لتهمة القتل فاما يتحقق منها ويتبين من هذا ان القسامة
اذا وجبت على جماعة يقتل بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي
والعبد والمراة واذا وجبت على واحد يقتل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه
ومن لا فلا فتدخل المراة وقوله والعرض لها من العطا جواب عما يقال لم فرض الامام للنساء
الغزاة وذراريهم من العطاء والعطا انما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة
ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء وحصته ما قاله ان الدفع بالعسكر والمعونة اي
معونة الامام لها باعتبار نصرتها غيرها قوله واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا
وقوله قيل هو صحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان
قرابة وقوله من اهل المصريين لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم من اهل
المصر وقوله وصار نظير الغيبة المنقطعة يعني ان للولي ان يبعد ان يزوج اذا كان الاب
غايبا وقوله لا سيما في المعاني القاصة كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية
وقوله فالدية في ماله في ثلث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير
موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلمان ديته على بيت
المال اذا لم توجد له عاقلة على ظاهر الرواية وصحيح وقوله وتمكن من هذا القتل ليس
بنصرتهم اي ليس بسببه نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يبتنى
على الموالاة وذلك بعيد مرعند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم
اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر الالفاظ يذكرها قوله وعاقلته
اهل الكوفة لو او للحال وقوله لكن حصة القاتل يوخذ من عطايه بالنصرة يعني وان
كان بعد القضاء وقوله بخلاف ما اذا قتلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء

فلا يحل

ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بذلك على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجود من وقت القضاء الى وقت الجناية وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله لكن يقضي ذلك اي الامل من مال العطايا بان يشتري الابل من مال العطاء قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان القصاص انما يجب في عمد لا يتقدر ارشه فصار نظما ان الاصل قبل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فما بدل النفس فتتحمله العاقلة وان كان اقل من نصف العشر الا ترى ان القبيلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لما بدل النفس ولذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فانه تتحمله العاقلة لان محل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النفس فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدارا لم يوجد في التحمل لا بالنص ولا علته فيجب في ماله وقوله ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عبدا ولا عمدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته اي يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حرا او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد هذا اول الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى ان قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عبدا ولا عمدا انما هو يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا اديت ديته فاعطيته عنه قال الاصمعي قلت لابي يوسف القاضي في ذلك تحضر الشهود فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته تستعمل في معنى عقلت عنه وسيأتي الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا به لان على ذلك كان معناه عن عمد وعن صلح وممن اعترف وعلى هذا فقوله بعد هذا ولا تعقل العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لعصور الولاية عنهم الا ان في الاقرار تجب الدية في ثلث سنين وفي الصلح عن العمد تجب المال حالا الا اذا اشترط الاجل في الصلح فيكون موجلا وقوله في الغائب بالاقرار اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى

منه

منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي هذا اولى قوله ونقادفها حجة في حقها لان احد المتصادقين ولي القتيل ومن زعمه ان الدية انما وجبت على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيلزم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجب الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء القاضي الدية على العاقلة فتجب في مال المقر وان قيل لما كان اصلا لوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا تتوى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المجيب اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعدما تعذر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه محالا سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر من قبل اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة قالوا دية في بيت المال يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم اديتا القاتل فاندفع ما يرجع عود الامر على ابيه وقوله والاصل الذي يخرج عليه ان ما لا يحال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل والا فلا بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن المولى قضي بها القاضي او لم يقض كالمولود بين حر وعبد اذا جنى ثم اعتق العبد الاب لا تتحول الجناية عن عاقلة الام لان ههنا بتبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن مولى الام الى مولى الاب وكالغلام اذا حضر بيرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البير رجل بعدما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا تحمل على عاقلة الاب من ذلك شيء لان الحادث بعد الحفر ولا العاقلة فتعتبر بالملك وقت الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للبئر قبل الوقوع فان الجناية لا تتحول الى المالك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حضر بيرا في طريق المسلمين فبيرا ذن مولاه قبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر بمنزلته فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوى ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاجرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكاذا مات المكاتب عن ولد حر وولد ولم يود وفاء بكتابته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاه لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان تعقل عنه جنايته قومه امه ثم ادت الكتابة فان عاقلة الام برجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند ادا البدل يستند الى حال الكتابة فتبين

انه كان للولد ولا من جانب الاب حين جنى فانه يوجب جنايته على موالي ابيه فكذلك
يرجعون على موالي الاب ولو اختلف حال الجاني والمن العاقلة فتبدلت كانت الاعتبار في
ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الدية من نقد الكوفة الى البصرة من
قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحق زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء
وبعده كما قالت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل نسبا
وقد تقدم وقوله الا فيما سنذكر استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه
بل يتبع ذلك من الدين او قبل ضم اقرب القبائل اليهم كتاب

الوصايا فصل في صفة الوصية فما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون
رجوعا عنه ايراد كتاب الوصايا في اخر الكتاب ظاهر المناسبة لان اخر احوال الادمي
في الدنيا الموت والوصية معلقة وقت الموت ولمزيادة اختصاص بكتاب الجنايات
والديات لما ان الجناية قد تفضي الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم
بمعنى المصدر ثم سمي الموصي به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت
بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرايطها كون الموصي اهلا للتبرع وايكون
مديونا وكون الموصي له حيا وقت الوصية وان لم يولد واختيارنا عن الميراث
وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير
بعقد من العقود حالة حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون
بعقدا بالثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان ونحو ما يجري مجراه من الالفاظ
المستعملة فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصي لدان يملك الموصى به ملكا جديدا
كالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها
ما ذكرنا فقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة رد لقول من
يقول الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض وقول من يقول
الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية
للوالدين والاقربين على كل احد ممن له ترك وبيانه وقوله تعالى كتب عليكم اذا
حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين وانكتوب علينا فرض
فلما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس ما بي جوازها لانه
تمليك مضاف الى حالة زوال ملك الميت ولواضافه الى حالة قيامها بان قال ملكت عبدا كان
باطلا هذا اولا انا استحسناه لحاجة الناس اليها لما ذكره في الكتاب وقوله
ومثله في الاجارة بيانه في انها عقد بالي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان
في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد ينتفي المانع بعد
الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها او دين الى اخر ما ذكرنا بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر

بلغ مقابله

الرازي

الامام

الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية بهذه الاية
وقد كان الامام الحقق فخر الاسلام في اصوله وقررنا في التقرير بان الله تعالى
جعل الوارث على وصية نذر والوصية الاولى كانت معهودة ما نعا الوصية للوالدين
فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب حق الوصية عليها وبين بان هذا المقدار
بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث بينها على وصية
منكر دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت تصيبها
ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتفى الوجوب
انتفى الجواز عند وذكر فخر الاسلام وجها اخر وقررناه في التقرير واستدلاله
بالسنة ظاهر وقوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما روينا اشارة
الى قوله عليه السلام ثلث اموالكم من غير تقييد بالجائز وقوله وسنبين ما هو
الافضل فيه اي في فضل الوصية او في قدر الوصية ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله
عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب
الاثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السايب عن ابيه عن سعد بن ابي
وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله
قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير انك ان تدع اهلك
بخير خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة
يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والصحابي البارز في قوله لم يظهر له
والظهر للاستغنا وقوله تحرزا عما يتفق من الحيف اي احترازا عما يوجد من نادر في البعض
وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض على ما بينه عند قوله بخلاف هذا ولا تجوز
لوارثه وقوله جانف في الحديث المجيف في الوصية روي بالحا المهملة وسلون اياما وهو الظلم
وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحين وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة
استثنا من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله
فان لم يردوه بعد وفاته وتكوين لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة
لعدم محل متقوم محلها والساقط متلاش فاجازتهم ثلاثة فان لم يردوها
بعد الموت فاجازوها في حال حياة المريض فان قيل لا تسلم عدم محل فان
حق الورثة ثبت في مال الميت من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين
فلما كان ظهر ايضا صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاسناد
اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد
يظهر في حق القايم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة ولثبوت الملك
في الغصب عند ادا الضمان فان الملك ثبت فيها مستندا الى اول العقد والغصب
وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وثلاثي حين وقع الدلم يصادف محله

ان ح

يعني ح

ولا لتهما الاستناد بقوله وكان للحقيقة دليل اخر وتقرير حقيقة الملك للوارث تثبت
عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله بمجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من
كل وجه لابطل الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وتهوم من الموت وانما
فيند بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بما لمورث من اول
المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان تظهر اثر ذلك التعلق في
حق استاطهم بالاجانة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك
الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث انما يخلف عن جارحه بعد
قبل موت ابتداء فيهم ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد
قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القول بما اجيب به عن هذا الطلب فانه اذا لم
يتحقق السبب والجرح سبب الموت وكذا تحقق بخلاف الاجانة فانها السبب يتحقق
عندها ان السبب هو مرض الموت وسرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال
لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحينئذ يمتنع اما ان يبطل
العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان يجيز الاجانة نظرا الى ثبوت الحق وفي ذلك
ابطال احدهما فقلنا لا تجوز الاجانة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود
الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضا بطلان الحق لا يكون
رضا بطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجانة اسقاط من الموارث فتعتبر برضاه
فكان كسائر الاسقاطات وبيانه لا رجوع فلكذا فيها ووجهه انه قد عرف انه حق ثابت
وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلان الشيء لا يستلزم وجودها
ولا وجوبها قبل السبب وقوله ولذا اذا كانت الوصية للوارث ظاهر وقوله
وكما جاز باجانة الوارث يتملكه الجاز له من قبل الموصي ذكره تفريعا على مسئلة الدور
وروي وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار فوت الثلثين من الحاجة فملكوا للوارث
لان الميراث يثبت للوارث بغير قوله ولا بتدبيره فاجازته تكون اخراجا عن ملكه
بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا ان الموصي صدر منه السبب وكل من
صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصي له يتملك من الموصي وقوله
والاجانة رفع المانع جواب عن حمل الاجانة اخراجا عن الملك يعني ان الاجانة ليست
بسبب للخروج عن الملك وانما هو المانع وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة
فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتهن
اذا اجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله
واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان
من ثلث ماله وذلك يدل على كونه لما كان يكون التمليك من جهته واجيب بان الوارث
كان له حق اسقطه بالاجانة واسقاط الحقوق المالية تعتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا

من كل وجه صح

رفع صح

كالعتق

كالعتق والقاتل تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجانة صحيحة وتصير
ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة
الوارث لا تنعكست هذه الاحكام لكون الاجانة حينئذ هبة قال ولا تجوز لقاتل
عامدا او خطا لا تجوز الوصية لما شر القتل عامدا كان او خاطيا لقوله صلى الله عليه وسلم
لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخر الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ودليل
حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الدين واختلاف الدين واجيب بان
حرمان القاتل عن الميراث لسبب معاينة الورثة معاصمة قاتلهم في تركته والموصى له
يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل
وجه غير ملتزم ولعل التغاضي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر وجدا وسلوك
طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي تجوز الوصية للقاتل مطلقا لانها جبي منه
فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي
تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما اذا كان القتل
قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح
على الوصية وتاخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح
اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استحقاق لقتله واجيب بحمل
الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية كما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر في كون
الموصى له قاتلا وغير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فالنظر
الى وقت الموت كان القتل موخرا عن الوصية واعترض بغرض اجمالي بان ما ذكرتم
لو صح يجب عقد ما تعتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تنفع للقاتل
واجيب بان عتقه من حيث انه موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى للدبر
في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد
فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع
لحق الورثة الى اخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت
الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث اجيب بان الاجانة تصرف من العبد فتعمل فيما كان
من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع
لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله لانهم لا يجوزونها اي الوصية
للقاتل كما لا يوصونها لاحدهم اي لاحد الورثة وفي الوصية لاحدهم اذا اجازها
البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا تجوز لوارثه اي لوارث الموصي لقوله عليه
السلام ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه بتاذي البعض الى
اخر ما ذكر في الكتاب وقوله بالحديث الذي رويناه اشار اليه تقدم في كتاب الهبة

فيمن خص بعض اولاده في العطية وقوله يعتبر لونه وارثا وغير وارث وقت الموت ذكر
في فتاوى قاضيخان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم
بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن قال ولو كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية
للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت
كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله
واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء والمذكور اي يعتبر
في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان الاعتبار وقت الاقرار دون
الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا
بسبب كان وقت الاقرار يعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم تبين ذلك في مسئلتين
اقر ابنه العبد فاعتق فات الاب صح الاقرار ان ورثته ثبت بسبب حادث وهو اعتاق
وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا اقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل
بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه ولد ابن ثم مات الابن قبله حتى صار
الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قايم وقت الاقرار تبين ان اقراره
حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكر واري ان اطلاق المصنف يعني عن ذلك التفصيل
لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار
لكونه محجورا فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحجور فيكون وارثا عند الاقرار
وان كان محجورا والاقرار للوارث باطل وقوله الا ان تجيز الورثة استثنا من قوله
ولا يجوز لوارثه وهذا الاستثنا فيما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الا وصية لوارث
وقوله وان الامتناع لحقهم اي لحق الورثة الذي هو ثابت ذيهم بانيا ر البعض دون البعض والتغيير
على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين لجازوا ولم يجيزوا
لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي قوله ولو اجاز بعض ظاهر قال ويجوز
ان يوصي المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جايز فانما الاول فلقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية نفى النهي عن البر بهم والوصية البهم بر بهم
فكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكر في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب فمحمد رحمه الله
الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل
على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل نفذت
الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جايز
لانه له ولاية تمليك ماله في حياته فكذا بعد موته فانه لا فرق بين وصيته بالثلث
وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال
وورثة الحربي ليست كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكر في الكتاب
ظاهره والقبول ليس بشرط لصحة للوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له والوصية ٥

شبه

شبه الميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير
فاعتبر ما شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول
واعتبر ما شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعد من غير قبض عملا بالشبهين بقدر
الامكان وان مات الموصى له عن غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل
قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي
الانسان واضح وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله انك
ان تدع عيالك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس فترك المال لهم خير من الوصية
وهو مروي عن ابي بكر وعمر فالان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع والان يوصي
بالربع احب الينا من انه يوصي بالثلث والكاتح العدو الذي ولي كشحه وهو ما بين
الخاصرة الى الضلع وقيل الكاتح الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل التصدق افضل
لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصي به ملك بالقبول واضح وقد
تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله وكما رد الموصى له بالعيب صورته ان يشتري المريض
شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصي له يجد به عيبا فانه لا يرده على البايع ولا يرد عليه بعيب صورته
ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة وجد المشتري به عيبا لا يرده على
الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين
جميعا كما في الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغير الا بقبوله ليلا يعود على موضوعه
بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله
لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه واشار الملك
الكثير وقوله الا في مسئلة واحدة استثنا من قوله والموصى به يملكها بالقبول يعني الا في
مسئلة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فانه
قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
فالجواب ما ذكرنا في مختصر الصدر في الفرايض قال ولانصح وصية الصبي كلامه واضح
وقوله ولو لم تنفذ يبقى على عينه يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه
يحصل له بسببها سبل الترقي في الدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على عينه فكانت
الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم تمض
على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته
في تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى
بابنة عم له بالف فليحمل التاويل بكونه يافعا مجازا او تكون الوصية في التجهيز والامر للورثة
واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معناه اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله
بمعناه وقوله انه اوصى لابنة عم لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي
والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه موصل بان رواية عمرو بن سليم وهو بالغ عمر

امره

له بالف

شبكة الألوكة www.alukah.net

وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث وبعد نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الاية فانه يدل على ان الصبي ممنوع عن ماله وقوله وهو تحوز الثواب جواب عن قوله والاية نظر لله بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على الغريب الى اخره فانه يفيد اما فضيلة الترك في الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر في النفع والضرر نفسه في الجواب كانه يقول سلمنا ان الوصية تحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امراة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقتما فثلث مالي وصية يصح لان اهليتهما مستمرة اي بعلمه والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا تصح وصية المكاتب يعني بخلاف ما لو اضاف الى العتق صحيحة كما مر انفا وقوله والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وما عرفتم هو ان المكاتب اذا قال لكل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق ملكه لم يعتق عند ابي حنيفة وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك يتصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما قبل الكتابة وله ان لملكه نوعين من الملك احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى لما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له او به ومعرفة ذلك بان جاء به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكر الطحاوي واختار المصنف وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي من وقت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختار صاحب الهداية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعل خليفة في بعض ماله بعد موته لانه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ازانا فلذا وصية لانها احتمال قال قيل لو كانتا احتمالين لما جازتا وهما كالم يجز رده اجاب بقوله الا انه اي فصل الوصية او الا يصار بتبدا لرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانها تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة اما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه لتملكه شيا يحصل الملك فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعد وصية الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية والموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة

ولقابل

رضي الله عنه صح

موته صح

ولقابل ان يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان يكون موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود تعرض وجود يصلح لورود القضاء عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله وبها وباسم الى اخره اوان اختلج في ذهنك تناقض اخر بين سعة الاثبات الوجود لجواز الوصية وتوسعه لجواز بعضها في غير الوجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله ومن اوصى لجاريته يعني قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الاحمال صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لغة لانه ليس موضوع له ولا هو فاحل في الموضوع ولا يتناول اسم الجارية صح استثناء من الجارية نفيها وسلبا ولما يتناول بها وفيه اشارة الى ما يتناول الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز كذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا درهما فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناول لما استحقه اجيب بقوله ولكنه لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكر في البيوع وتجوز للموصي الرجوع عن الوصية الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه فيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المجرد يجوز ابطاله في الهبة وضمان كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله انواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واصحه وقوله وان تحمد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر محمد اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشائخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على القريب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية مقاضاة والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها صحيحة وعليه ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا قليل ولا كثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه فداوسيته لفلان بكذا الا اني سألتكم ان تشهدوا لي بالباطل وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكر في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها

واضح صح

على الجحود صح

يستحق بالطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله اذا يكون له ليستحق اذا طلق الموصى عن قيد الواو فاذا اقره الامر صح

ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان
ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع
قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لانا نعلم قال في النوادر
قال سألت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحدها ليكون رجوعا وسألت محمدا قال
لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال رجوعا فنفي الماضي والحال اولى
ان يكون رجوعا ومحمد ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي
في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضروري ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت
فلم يعتبروا ذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى
ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال
فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية
وفي بعضها الحق وكلاهما صادر على المطلوب فتامل وقوله وان الرجوع اثبات في الماضي
ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل اخر وتحقيقه ان احدهما ركب من النفي
والاثبات والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه
نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال
ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه يلزم
من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا لكلام لما قال عن
الالفاظ والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفيا في الماضي وصفا
بصيغته وفي الحال ضرورة لا وصفا وهو الاول فلا تناقض في وعن الثاني بان الرجوع والجحود
بالنظر الى الماضي متفاوتان واتفاقهما ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على
ما قرروناه في الانوار والتقرير وقد لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق
لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز
استعارة احدهما للاخر وقوله ولو قال لكل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان
اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما حصل تلك الوصية
بعينها لعين وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به
ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جاز وان لا فلا ٥
[illegible] لو جعل ثلث المال لما كان اقصى ما يدور عليه مسايل الوصايا
عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسايل التي يتعلق به في هذا الباب بعد
مقدمات هذا الكتاب قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل
ثم اوصى لاخر فما بقي فالورثة اما ان يجيزوهما او لا فان اجازوا فلهما الثلثان
ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا تزاد على الثلث حينئذ وليس

احدهما

فيه م

احدهما اولى به من الاخر فتساويا وبالتساوي يوجب التساوي
في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما
البينة على نكاح امراة بطل البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث والاخر
بالسدس واضح وقوله ولا يضرب ابو حنيفة اي لا يجعل من ضرب في ماله لهما اي جعل
ومعموله لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيا وصورة المحاباة عبد ان لرجل قيمة احدهما
الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة
فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض
فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا لصحة
الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة
فلو كان هذا على كسر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف
في اكثر من خمسمائة وصورة الخمسمائة ان يوصي بعتق عبد من قيمة احدهما الف وقيمة
الاخر الف ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا
من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته
الف ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة
اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين ولاخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم والتخرج
الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا لكل واحد منهما بضرب بجميع وصيته لان الوصية في
مخرج الصحيحة جواز ان يكون له مال اخر تخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك
فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه
لم يصح لان ماله لو تلف او خرج له مال اخر دخل فيه تلك الوصية ولا تخرج من الثلث
لها في الخلافية وهي ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله ولاخر بثلثه ان للموصي مقصد
شتى الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلثة وبفضل بعض اهل الوصايا على بعض
وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة فابو حنيفة ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله انا التفضيل
انما يثبت بنا على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما يثبت بضمنه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع يبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة اذا بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث
وفي ذلك بتساويان فكذلك ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واخبريها وهو واضح
وقوله وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صون بعض تردد على المسايل ٥
المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث بعينه بان كان عبدا اوصى
به لرجل وثلث ماله الاخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان
وان احتمل ان يكسب هذا العبد مالا فتصير قيمته مساوية لثلثا المال ويظهر له مال
تجب به بصير العبد ثلث المال وقوله لانه هناك الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له

شبكة الألوكة www.alukah.net

تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استغرق مالا خرى
الورثة ايضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة
اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت تتعلق فيما يستفاد فلم تتعلق عين
ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال ولو اوصى بنصيب ابنه ومن اوصى
بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن لها ابن ضحت وان اوصى بمثل نصيب
امنه جارية كان له ابن او لم يكن لان الاولى وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه
بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثانية وصية بمثل نصيب الابن
ومثل الشيء يجوز والامكان يتقدر به وقالت فرجعت الاولى كالثانية نظرا الى حال
الوصية قال المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا موجودا لها لكن ان يتصرف في ماله
كيف شاء وجوابه ما قلنا وقوله لان الاولى وصية بمال الغير قوله ولو اوصى
بسهم من ماله معناه فلا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل احسن الا نصا قلة
والثمن اقل من السدس فكيف جعله عمن السدس قلت جعله بما ذكر في الكتاب
من الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه
وسلم فيما يروي ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة
قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا
الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط
والجامع الصغير فان في الكتاب في رواية الاصل جوز ابو حنيفة الفصل من السدس
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم
يجوز النقصان عن السدس وروايته المصنف تخالف كل واحد منهما لان قوله الا ان
ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس
في رواية الجامع الصغير فاما الذي يدل على رواية الجامع الصغير فما وجه بينهما وقال لا يمتنع
نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة ومعنى هذا الوجه ان
السهم يزاد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا
اذا اراد اي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا ملزم يد عليه عند عدم اجازة الورثة وعلى
حنيفة ما ذكرناه انفا في جواب السوال من اثر ابن مسعود وقول اياس وقوله
ولا يزاد به السدس الى آخره مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية
فيعطى ما ذكرنا وفي بعض يعطى الاقل منها وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان
كان احد سهام الورثة اقل من السدس يعطى السهم كما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس
وان كان احد السهام اكثر منه يعطى ذلك كان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
على ما الدليلين فان كان مراده بقوله ذلك احسن السهام وان كان الثلث من السدس فليس
ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب فانه نبه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب

ولا يزاد

ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس قائم على الدليلين واما الثانية وهو قوله فيعطى
الاقل منها يودي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له
السدس وقوله كما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من
سهام الورثة بالدليل لا نه يتم بقوله اياس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور
وهو الاداء الى النقصان عن السدس واريد ان المراد بقوله كما ذكرنا كلاهما الاقل منهما ليكون
معنى الشخصين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان
دون الزيادة على السدس تنبيه بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان
ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واضحة واما هو مركب
من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما تري قيمة وان كان غير ذلك فالله اعلم به
وجد المثل دموعه وصوت المسلة ما اذا اوصت المراة لبعض من ورثها هاشم ماتت وتركت
زوجا وبنتا على رواية الاصل يعطى السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى الربع اي مثل
الربع فيعطى الخمس تجعل المسلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم يبقى
خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل المسلة مخرج الكسر وهو اربعة
تبلغ اربعة وعشرين كان الموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال
يبقى عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد
مثل احد سهام الورثة وهو واحد على العريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى
للموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت
وانما كان كذلك لان الموصى اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء يزاد مثل الربع
على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فمخرجه ثمن بهما وعلى
هذا قس مثالها وخرجها على الروايتين وقوله قالوا اي مشائخنا كان هذا في عرفهم
وفي عرفنا السهم كالجزء لو اوصى بجزء ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فالبيان
لهم ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب او بشيء فالحكم كذلك وقوله
واجازت الورثة فلثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون
له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة فايدة فالجواب ان معناه حقه الثلث
وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية
زيادة السدس على الاولى حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب الثلث على السدس
فيحمل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو ايضا بالثلث
وقوله والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول وقد قررناه في التقرير مستوفى
بتوفيق الله تعالى قال ومن اوصى بثلث داره او بثلث غنمه ومن اوصى بثلث
داره او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو خرج من ثلث ما بقي من ماله

ايضاح

الجامع الصغير

فلو جميع ما بقي وقد ظهر لك ثلث ما بقي بان قتل احدهما اي من الهالك والباقي مشترك
بين الورثة والموصى له والمال المشترك سوى ما سوي منه على التركة وبقي ما بقي منه
عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس
الواحد يكون فيه حق احد هم في الواحد اي يكون جميع حق شائع لكل واحد في كل واحد ولهذا
يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الضرر واذا كان الحق حصة حق الموصى له كما تتبع
وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه احتمل الهالك
من التبع دون الاصل كما في المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك
الى الربح الذي هو تبع لا الى رأس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية ثلث الدراهم
كالوصية بالدرهم الواحد فلو اوصى بدرهم وثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو
يخرج من الثلثة كان له ان يمسكه كذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قولهم
زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيما يمكن فانه اذا تعذرها وحكم بعض
الورثة القسمة واي الباقون فان القاضي يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة
الانتفاع ولا بد من الهادنة وهي بها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان وجه
الجمع بقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على التركة وما بقي بقي
عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلثة ثلثة من
دقيقه من جنس واحد اي بثلثة ثلثة من الهم ورديس له الا ثلث الباقي بالثلثة الثلثة
هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير من غير خلاف واختلف المشايخ فيه قيل هذا قول
ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة بينهما على قولهما لهما وجنس واحد ولهذا
الدقيق فيكون للموصى له العشر الباقي في الدار الباقية لان القاضي ان يقسم قسمة واحدة
نصيب كل واحد منهم في عشر اعيان القيمة لاختلاف الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث
والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قولهما لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة
بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه بعد الجمع
واذا هلك لم يكن هلاك فعل من القاضي فكان الهالك على الشركة سابقي وما هلك والاول
وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على
القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانها
بجملة جنسا واحدا قال ومن اوصى لرجل بالف درهم ومن اوصى بالف درهم وله
مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان له ثلثة الاف درهم نقدا
دفع الالف بعد الى الموصى له وان لم يخرج بان كان النقد بقدر الفا دفع اليه منه ثلثه
وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث
والاصل في المال المشترك ان يوفى حق كل من الشركاء ولا يحبس في حق احد تخصيص
الموصى له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثاني يحبس في حق الورثة تخصيص الموصى له

فيما بقي لقدما الوصية على الارث لان الموصى له حل حاجته في هذا العين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكانت الورثة ح

لرجل ح

بالعين

بين

بالعين ان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين
قبل الموصى به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بديون له
على الناس سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك الورثة مطلقا انما هو شريك لهم
بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الورثة ولو كان شريكا له لوجب على
الورثة حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من
ان يكون مالا في الحال او في المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وهي اعم من الثاني
بانه شريك الورثة اذا كانت في غير معين واما في العين فان الوارث كالمودع لما يضمن
اذا لم يتعد وقوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح واندفع بقوله فلا يزاحم
الحي الميت اذا اوصى لزيد وعمرو وهما احياء فمات ثم مات احدهما وان للباقي نصف الثلث
لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم ورثته
مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه
في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما الجميع الثلث بعد موت المراحة عند الموصي وفي هذا
لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله ان الوصية عند الموصي واما في ظاهر قوله
فلا يصح انها الوصية تصح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف
الى ما لا خاص بقوله ثلث مالي قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف
الوصية الى غير مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا
يخرج كثير من المسايل منها ما ذكر في المبسوط بقوله لو قال تصدقوا بخمسة دراهم من مالي
من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له
والفرق ما ذكرناه قال ومن اوصى بثلث ماله لانسان اولاده ما ذكروا واضح صون
وتعليلا خلافا قوله واصله ان الوصية لانسان او لاولاده جايزة فانه يحتاج الى بعض
بيان وهو ان الوصية لهن جايز استحسانا والقياس ان لا يصح كان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فانها تستحق الوصية بعد موت مولاها ودلالة الحال طول العتق
بعا فالعتق محلا وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية لا منه بشيء غير رقبتها
باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال طول العتق بعا بدلالة
حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة في المضاف
الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية ثلث المال لعبد جايز ولم يعتق بعد موته ولم الولاء
ليست اقل حالا منه فليت لم تصح لها الوصية قياسا لجيب بان الوصية ثلث المال
للعبد انما جاءت لتناول ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاقا لانها
وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بالملك ليست اعتاقا لانها
تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية اصلا ولتا يل ان يقول الوصية بثلث المال
اما ان صادفت ما بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا شيء لوجه القياس

ايجاب ح

ومن اوصى بثلث ماله ظاهر وتركه ح

كما لو اوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملكه فانها تجب لجهة ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى لحمله المال والجواب انها ليست كالعبد لان
عتقها لابد وان يكون بموته الحيلي فلو كان بالوصية ايضا تواردتا علتان مستقلتان على محل
واحد لتخلص وهو تلك رقبته وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث الجمع في الميراث
مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان
الجمع هناك ايضا مصروفا الى الاثنين وقوله تجد ذلك في القرآن يريد به قوله
تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه
وكذا قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم
صون المسئلة ظاهرة ودليله وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة
لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث
وقد اشترك الثالث فيما اوصي به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون
له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة
انما تثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة يقتضي اشتراكه اياهما جملة واحدة
واما اخذ نصف كل مائة فلو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما اذا
اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر مائتين ثم كان الاشتراك اي قال لآخر اشركتك معها فان له
نصف ما لكل منهما لان تحقق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين فلابد من العمل بمقهور
لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر
الامكان وقوله ومن قال يعني لو قال لفلان علي دين فصدقه يصدق في الثلث استحسانا
وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقر
به من جهة المقر به ان قد فات برهنه وقوله فصدق يعني فيما قال لا يصلح بيانا
للوزنة مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا يعني من
كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على
الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فيعتد فان قيل
لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد تحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام
لعلة باصل الحق عليه دون معقد ان سعى منه في تغريم ذمته فجعله اي هذه الوصية
وصية حمل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا لم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي
ذلك وهذا معتبر من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى
بوصايا غير ذلك الى آخره واضح وحاصله انه تعرض يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية
معنى فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار جعل
ثابتا في الاثلاث ولا يحصر بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى
لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه
وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كالايصاء في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف

فيه شبه باحد الاصلين فصل
لما كانت الزكاة فان لفظ الزكاة
هناك مصروف الى احد الوجوه
التي اجملناها لما كان لفظ

صدره

اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبله والشركة انما تثبت حكما لعقيبه
فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب
كل منهما مقررا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فسبب الشركة
عين وهو ما كان سببا قبله فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما
وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل
ولا فرق في ذلك بين ما اذا اتصادقا على ذلك او جحد الاجنبي والوارث ذلك او انكر
جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان
الوارث مقر بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر
ولابي حنيفة انه مشترك هو المبطل وقد وجد ولقائل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى
الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد حيث تعدى الى
ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو الذي عناه المصنف وهو ان البينة لا تزول
بالشك وتقويمه ان حصة كل واحد منهما غير ممتاز عن غيرها ففي كل جزء منه
يشتركان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث
ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا اي بقاء في حق الاجنبي
وبطلانا في حق الوارث يعني بقي الوصية صحيحة في حق الاجنبي وبطل في حق الوارث
لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال ومن كان له ثلثة اثواب
جيد ووسط ورديء رجل له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ما له
واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدري ايها هو قال
الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة
لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اما معوض
الموصى الا ان يسلم له الورثة التعيين الباقين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم
فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدىء بقابل الجيد وصاحب
الردىء وان ابتدىء بقابل صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال انها لذلك
اذا كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك اردى
من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردىء منهما فحصل متعلق هذا مرة وبذلك اخرى
وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد
من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فاحذ ثلث كل واحد يبقى صاحب الجيد وصاحب
الردىء فصاحب الجيد يدعي الجيد والردىء لا يدعي الردىء لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب
الردىء يدعي الردىء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردىء لصاحب
الردىء وقوله واذا كانت الدار بين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في
هذه القسمة تابع واما قوله هذا فيه نحت وهو انه قال في كتاب القسمة

والاقوار هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة اجيب بانه قال لها لك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احدا لشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكرنا ها لان الجبر لا يجري في المبادلة وبقوله ومعنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الاقوار تحملا للمنفعة ولهذا اجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله اما لانه عوضه كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها وقوله او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني في وقوعه في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشر اذ رع بقي حق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة منها فصار الكل احد عشر وقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال ومن اوصى من ماله لرجل الخ يعني فيما لف فيبطله فاما ان يجيز الوصية او لا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تم وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجازها لان هذا تبرع بمال الغير الى اخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله فيكون مقدما بعد موته فيقدم عليه فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال كالبيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فانه اوصى بهما وبقيمتهما مثلا نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا ولهذا ان الاصل يعني في الوصية والولد تبع فيما ذكرنا في الوصية على تاويل الا بعد وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها فصار كما اذا باع شاة حاملا فان الايجاب يتناول الولد الا مساواة بين الاصل والتبع فتعتبر الوصية بالام فيكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وسعيدا لوصية في جميع الاحوال كان مستحقا قبل ولادة فلا يعتبر بزيادة المال لانه يؤدي الى نقصه في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله الا انه لا يقابله بعض العوض حواب عما يقال انه ينبغي ان تعتبر البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله في ذلك وجه فنقص له بحصته وجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن صورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض

قلت زعم الورثة ان خمسة منها وهي الولد والام وحق الموصى له في خمسة مشاعة منها وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيصير

الواحد لا يقابل بعوضين لان لا يوجب ذلك النقض في البيع لان الثمن يتعلق بالكل كما ذكر وقوله واذا اتصل به القبض اما فيه بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بافة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الامر بجميع الثمن فصار في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل يتقدم على العارض قوله واذا اقر المريض لامراة واضح مبناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوان كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك وهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف امور زائدة كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الثاني يوجر عنه اي تفيد حكم الاقرار في حالة المرض بوجر عن تفيد حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الوصية بتاويل الا بعاد وقوله وكذا لو كان لابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه اي على العبد دين يصح الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو لمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من ذلك المرض لانه يخاف عند الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت بانه

العتق في المرض الاعتاق في المرض من انواع الوصية للذا كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واضاف عتق المريض الوصية لان الشرع هو الاصل في من اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله المراد الاعتاق من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتاق من الثلث لا حقيقة الوصية لانها لو صية عتاق عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعا وقوله كالضمان والكفالة عاير بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي جالع ابرائك على الف

كما لو

على ابي ضامن ولذا لو قال بع هذا العبد بالف علي ابي ضامن لذ بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما عدده من التصرف اي بحرف في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا خرج من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كالحال الصحة كما ذا بارء بين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابا تم العتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الف درهم من رجل بالف واعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان اشتراه المعتق تحاصا فيه عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث وقالا العتق اولى سواء تقدم المحاباة او اخرها يعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء فسخ البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كل قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوا او بوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يتقدم وقوله كالتدبير صحيح احتراز عن الفاسد مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله وعين بالجحد اي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله فيستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله لها الثلاثة وهي التي تقدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصلا وفصلا وعين للمداراة تكذلك ههنا وقولنا لها تثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض بلحقه الجوع منه فكان في تبرعا معناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض بلحقه الجوع منه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاجنبي قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه تحت وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من التقدم يقتضي الترجيح بيتدعي ان يبتدء الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لانا جعلنا النقص من تبرعات المريض بمقدم بيقضي اذا لم تخرج من الثلث واذا كان كذلك بعدناه جميعا ثم قضيناه بعد الموت ويثبت لهما حكم الوصية وهما نافذان فاستويا كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة ٥

بالف ح

وما

وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة متقدمة على العتق الثاني فلا يكونان مستويا لها والعتق الاول متقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث فما صاع العتق الاول شاركه فيه العتق الاخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كما لحقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة متقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق اخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد لرد منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين العتقين صيغة لاستوائهما قال وان اوصى ان يعتق عنه بعض المائة عبد كلامه واضح قوله ويجيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام التمرتاشي الا ان يكون الموصي جعل الفصل للذبح عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عند فحلف المستحق اذا هلك منه شيء وبطل الوصية ويرد المائة الى ورثته وقوله ومن اوصى بعتق عبد اي باعتاق عبد وقوله لانه يتلخص الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي تملك الموصى له باق بعد لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج نه اي بالدفع عن ملكهم بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في مال الولي كما تو امتنع عين فمات وبه وقوله ومن اوصى بثلث ماله لاخر واضح وقوله وان كان على العتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا ان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الاخران كان احدهما متاخرا فيمنع المتقدم المتاخر وههنا لما حصلا معا تصديق واحد بقوله صدقتما جعلا كان الامرين كانا ثبتا بالبينة فيتساويان معا كذلك قوله ان الاقرار بالدين اي وان كان في صحته وجه ان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق لا يبطل سلامته الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصون لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال بل اخرني على الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغرماء كذا ذكره ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف الى اخر لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر منهما فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة

العبد ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

اذ الاقوار من الموارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا
خلافا لمورث وله ان حقه ثبت في عين الالف متعارنا لثبوت الدين في الذمة وعند
انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال لاحد لك
فقاصد قتماوا التحالف في هذه المسئلة ذكرناه على ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

فصل قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لتعلق العتق في المرض لانه لا يلحقه
الفسخ بخلاف مسايل هذا الفصل اعلم ان من مات وعليه ديون حقوق الله تعالى من
صلاة او صيام او زكاة او حج او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي فقال او لا
فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجعل ورثته على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك
وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله بعد ما تم الوصايا اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها
للعباد او تجمع بينهما فما للعباد خاصة يقدم ذكرها وما لله اما ان يكون كفارة او زكاة
والحج والصوم والصلاة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا
كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او تجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع
بينها والثلث يحتمل ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم تحتمل ذلك
ولكن اجازت الورثة او لم يجيزوها فان كان كلها لله وهي فرايض كلها او واجبات كلها
او تطوع بدا بما بدا به الميت وان اختلطت بدا بالفرايض قدم الموصى او اخرها
مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو
اهم وان تساوت في القوة يعني اذ بلغوا الكل فرضا او ولجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما
قدمه الموصي لان الظاهر انه يبتدي بالاهم فان قيل اين ذهب قول ابي يوسف ومحمد
ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة يجب
ان يكون عليه الجواب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا واما اذا
تعدد المستحق فلا معتبر بالتقدم كما لو اوصى بثلثة انسان ثم اوصى بثلثة لآخر وقوله
والزكاة تعلق بهما حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان فيه حق العبد
وقوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكاة فقوله تعالى
والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني
عن العالمين فكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه من مات وعليه حجة الاسلام فقد
مات يهوديا الحديث وقوله والكفان في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
ترك فان الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت
صدقة الفطر باثر مستفيضة وقوله على هذا يقدم بعض الواجبات على البعض من
ذلك ان تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور
بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب
النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر

ان يبتدي

ان يبتدي بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدا وا بما بدات به ولو قال لزلك
لزم ترتيبهم ما تقدم قبل هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه
يبدا بالافضل فالافضل يبدا بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سوا رتب على هذا الترتيب
او لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا فما كان لله وما كان
للعبد وجعل كل واحدة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال
ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولم يزد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميع
ذلك واحد وهو رضى الله تعالى وهو فعل واحد في نفسه مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا
الادميين فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين
وابن السبيل لكن يجعل كل جهة منهم على حدة فكذا هذا قال ومن اوصى بحجة
الاسلام اجزاه عنه رجل من بلد كلامه واضح قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية
بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكر قبل هذا الفصل بقوله
وله ان وصيته بعتق عبد يشتري باية الى اخره وقوله ومن خرج من بلد حاجا
قيده به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلد بالاتفاق وسيذكر بعيد هذا قبل هذا
الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو حج
بنفسه لحج من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بغية الحج وقربة
الى اخره بدقوع بقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل لامرئ ان ادهر يقطع يومين الا ومعه
فان الحج ليس منه وروى ان المكفر اذا لم يجد بعض المساكين ومات فاوصى وجب
الاكل بما بقي بالاتفاق ولم يتقطع ما اطعمه بالموت ذكر في الاسرار ما هو جواب
ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق
الامر بدليل ان الاول لو بدا له في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وقوض
الاموال عين برضى لو صي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي
حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامره عين فانه يجزيه لذا في
الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغير في الانقطاع
مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام
مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان كذلك فعمله به والجواب ان هذا
دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى
بحجة الاسلام اجزاه عنه رجل الى اخر باب الوصية للاقارب
وغيرهم انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية
لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم
قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان تقدم وصية
الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال

شبكة الألوكة www.alukah.net

مثل ذلك اهتماما بامر الجار قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجمع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص المخصوص وهو الملاصق في قوله وذلك عند اتخاذ المسجد قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجيران قوله ومما يروى فيه ضعف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشار الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف رواية وقاله ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في رواية قالوا ويستوي فيه السالم والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قالوا ويكون شاهده من لا خذ ابنه من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملائم والقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يضمه الا اذا اريد باتخاذ المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهار ابي لا قدر انه قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وانما قال هذا التفسير لخبر ابي محمد وابي عبيد ان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحق يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان اصهار الرجل يطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج يطلق على ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى كلهم في تسمية الثلث سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني يصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام من غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة وقوله وفائدة الخلاف تظهر في آل ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول تقصى الاب على الابن في الوصية اولاد عقيل وجعفر بقية كلامه واضح الى قوله والاعتبار بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين لونه متروكا بالاجماع بقوله فان عند ابي حنيفة يفيد ما ذكروناه من الاقرب فالاقرب بالفيود الستة التي ذكرنا وعندهما فصي اب له في الاسلام وعند الشافعي الاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لمحاله وقوله واذا اوصى لاقربائه ولد عمان وخالان يعني وله ولد كذلك يريد انه قائل لغيره وهذا الى اخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان للرجل اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا واعترض بان في هذا اصل عدم الزائد بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم اخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم اخر وجيئذ كان لقائل ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان

معه

معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيرهم وعلى هذا يقال له الربع والخمس عند انفراده على تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهم جرا واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجمع ساقط لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو اثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى اخره وقوله وهي اقوى اي في قرابة الجهة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتتقدم الام على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا اخرجها عن مساواتها العم في الاستحقاق هذا في الوصية كالعم الرقيق والكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله لا نسابه الا نسبا في جميع النسب وهو القريب كالاقربا في جميع المعيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود الثلاث على قول ابي حنيفة خلافا لهما قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على ما وجد الوصية الاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوجة خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه واهله الا امرأته فانه ظاهر ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا يصار اليه مع امكان العمل به قيل في الاستدلال لهذه الاية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمراة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم يقل انه كان معه احد من اقاربه او اقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه من الاقارب احد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الحقائق لا تستدل عليها بان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالاية تأييدا فان ثبت ان ما في الاية ليس على معنى الحقيقة لا يأتي في مطلوبه كالاثبات التي استدل بها وقوله فلان وأهل بيته كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتحنث بابيه فانا ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الامر وقوله ولو اوصى لايتامي فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم الى الليل والرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امراة ممن اذا افتقر من الرمل كله من الرقعا وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو احيا والتشجي فانا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما

الى غير هاهنا

شبكة الألوكة www.alukah.net

يحصون او لا فاذا كان الاول وجد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء
الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا الثر من مائة
فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي وجه الحسبة
فقراؤهم واغنياؤهم مذكورهم وانثاهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك بهم ممكن وان
كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكرنا في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما اذا
اوصى لنساء بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا
يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكور الاناث
في الايامى دخوله في الارامل اذا قال الكوخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت
او ثيبا وقال رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر
دخوله لانه تركها اعتمادا على ذكره في الارامل واذا بطلت الوصية في النساء الايامى
لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى تصرف الى الفقراء لا يلزم تصحيحه تمليكا في حق
الكل لجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له
اقل من خمسة عشر والغني من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين
فوادعليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ يلوث شيخا وفي
الوصية للفقراء والمساكين تجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى الجمع واقل الثنين
في الوصايا على ما مر وقوله ولو اوصى لفلان فلا يخلو اما ان يريد به هو نفسه
او لا فان اراد به نفسه او لم يرد صح فيه الاناث عندنا خلافا لمالك وان اراد به غيره
رجع اليه وكان يقول اولا يدخل وهو قولهما والخلاف عندهما خلافا لمالك اذا كانت الاناث
منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكورية والاناث وقد عرف
في موضعه ووجه قوله الاخران حقيقة هذا الاسم للذكور واستظامه الاناث
تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناولهن لان المراد به مجرد
الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وجلهم لا يتسم الموصي بين
من بعد عليهم من قبائلهم قال ومن اوصى لولد فلان ومن اوصى لولد فلان
فللاول اما ان يكون اباطنا او لحذافان كان اباطنا تناولت الاولاد دون الاهل
الذكور والانثى عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناولهما كما في الصلب كذا
واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا ايضا اذا عند امكان العمل بهما فان لم يكن
ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد وان كان واحد وفي اولاد البنات
روايتان هذا ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي حنيفة ان الوصية لولد فلان
يتناول ولد الولد وولد ولده بهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم قال العدوي
والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز وان كان الثاني يدخلون وان
كان العطف بالعاء لان فلانا اذا كان مخدوما فمنوه وبنائه تخدمهم الاولاد بلا مؤنة

لعله اوصى لبني فلان ح

لعله اوصى لبني فلان ح

كما ذكرناه ح

مراده

لعلهم اعتبروا الاولاد عادة ويكون مراده غير خلاف ما اذا كان ابا خاصا فانه يشمله وبناته ح

مراده وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى لموالي بناه على
جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جروا
فلذلك هذا والمروي عن الشافعي رواية عن ابي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك
بل على ان لفظ المولى في الاعلى والاسفل سواء كالاخ على بني الاعيان على بني العلات
وبني الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب والرحم
عليه ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في
احدهما معنى الفاعل وفي الاخر معنى المفعول والية اشار بقوله ان الجمع يختلفه وقوله
في مواضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو احتياز شمس الائمة
وعامة اصحابنا وعلى ان العموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف
بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل عليه ايمان بعضه وهو غير
مختلف فيصير بدلالة المعنى كالشيء وقد قررناه في الشتر برستوفا فيعون الله وبايده
فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمنا بالتوقف قلنا لوصية باطلة
اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل
الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان تصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر
المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب اولى منه
الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة اخرى
وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي ان
الاعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى
ولو اوصى لمواليه وليس له الا مولى اعلى فالوصية جايزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة
والمرض ولا يدخل مدبر وام ولد واولاده ان عتقوا هاولا يثبت بعد الموت لان المتوقف
على الشيء لا يلزم عند وجوبا والوصية تضاف الى حالة الموت لا تعالق الميراث
والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف
انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت
مستقر والاصح الاول لانهم لا يتسبون اليه بالولاء لنفس الاستحقاق بل الحاصل
بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل فيه اي في هذا الابصا يعني الاجماع عند
قال لمعتقه سوائبي وهو واضح ولو اوصى لموالية وله موال واولاد الموالي وموالي موالاة
دخل معتقوه وهو ظاهر ولاؤهم لانتسابهم اليه بالولاء للعتق الذي باشره في اباهم
والفروع اجراء الاصول فكان الاطلاق تحقيقا فيهم كما في اصولهم ولهذا يعم اسم بني المولى
عتقهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لانتفي عن الفروع صحيح حتى جاز ان يقال
لبنو بني فلان وانما هم بنوه وعند ابي يوسف انهم يعني موالي الموالاة يدخلون ايضا
لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والاعتاق لازم جواب عما يقال لما كانت الجهة

مختلفة وجب بطلان الوصية كالموالي الاعلا والاسفل ووجهه ان المشتغل لا يعمل به اذا لم يبن
قربه على احد السببين وههنا قرينة تعين احدهما وهو الولاء والاعتاق بمنزلة السبب لا يحتمل
الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلما وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا
تحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا مولى موالاة كان الثلث له لان الحقيقة اذا لم يكن وجب
العمل بالمجاز صونا للكلام العاقل عن الالغا ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما
ذكرنا ان اسم الموالي الاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اذا اوصى لموالي
عتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ان يقال موالي اعتقهم ابن او ابنه لان التعليل
يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يباشروا عتاق مملوك
ولم يوجد في حق مولى الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسببه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه
الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم موالي له
حقيقة وقوله واما حرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي
ابيه يدخل اذا مات ابوه وورث ولاؤهم موالي ابنه هكذا وهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك
ان احراز الميراث ما كان لمولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق
في حق الميراث لان الولاء لسبب لا يورث عليه صاحب الشرع فالولاء كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله
خلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب
ان يقول خلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح انما يثبت بهذا الفرق بين
موالي الموالي وبين موالي اعتقهم ابن او ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه ايضا
وذلك انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض فعند ابي حنيفة
لم ينسب اليه بالولاء لانه يمنزلة الكاتب والكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة
وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكر وذكر بعض الشارحين
ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم باثبات لفظ ابنه وههنا بخلاف معتق البعض
وجعله وسطا بقوله ولا يدخل فيهم موالي اعتقهم ابنه ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت
الوصية للمولى لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الابن ليسوا اليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا
على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة
وهذا ايضا يصحح نسخة الكتاب في الوصيتين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على
مذهبهما خاصة ما [illegible] الوصية بالسكنى والخدمة والثمن ملا فرغ
من احكام الوصايا المتعلقة بالاعتاق شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع
واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها وضعا قال
وتجوز الوصية بخدمة عبد وسكنى دار كلامه واضح وبعيد الموافقة بين الوصية

والعارية

والعارية في كونها تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الاجارة لان الوصية
تعتمد التمليك والمنافع تحصل في تلك الحالة الجاءة فلما بعد الممات لان الموت لا يوجبها
والاجارة تملك فيما يملكه الورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى واذا طرأت
الوصية بمنفعة العبد جازت بفلة لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة تتمها
يعني المنفعة والعلة قوله فان خرجت رقبة العبد به تفصيل وهو انه اذا اوصى
بخدمة عبد لشخص فاما ان قال ابدا او جعل ذلك زمانا فان كان الاول فخرجت
رقبة العبد من الثلث اولم تخرج ولكن اجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه
وان لم تجز الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان الثاني
فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ستين وسبعين وسبعمائة او لم يعين فان عين
ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض
من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثة
فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة
تخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة
وان لم يعين فان كان العبد يخرج من الثلث الا قليلا او لا يخرج واجازت الورثة
يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز
الورثة تخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا
الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبد سنة فان لم تبلغ غلة تلك السنة على ما سنذكر
قال فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة اذا مات الموصى له عاد الموصى به
الى ورثة الموصي لان الموصى وجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل
الحكم الى وارث الموصى له لا يستحقها ابتدا من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافه
فيما يملكه الورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها
لذلك لانه لم يوص به واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له
في حياة الموصي بطلت الوصية لان اتحادها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل
اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية
لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة عبد او دار فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى
له بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له
بالخدمة ان يؤجر العبد والدار واضح سوى الفاظ نذكرها قوله اعتبر بالاعتاق فانها تبطل
بعتبر بلد قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو
ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا يعتبر [illegible] عارية والوصية
وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم تصور الرجوع حينئذ ووجه
ذلك ان الاعتبار للوضوعات الاصلية والوصية في صلبها غير لازمة وانقطاع الرجوع

شبكة الألوكة www.alukah.net

موت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله وان المنفعة دليل اخر وقوله هذا
لا يجوز يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوي بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة
الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها
ببدل واجيب بان اللام المضمنه في الوصية مرادة بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها
ومنفعة الحر ليست كذلك لانها لا تكون وارثا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث
احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الي اهله الا باجازة الورثة وقوله واذا كان
في عيال الموصي وقوله ولو اوصي بغلة عبده او بغلة داره قد علم جوابه
فيما تقدم طريقين ولعله ذكر تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غير كان له ثلث غلة ذلك
السنة يعني اذا لم تخرج الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة وتدبيرا لخدمته اياما وتامل
المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال تحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك
تتعلق الوصية بثلثه ان لم تخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينهما وبين الخدمة
فان العبد لما لم تحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة اي بان
يستوفي خدمته سنة كاملة كما سوف كر وقولهم لو اراد الوصي له قسمة الدار ظاهر
الى قوله عطفا منه لاحدهما على الاخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لانه جرير قبله
بالواو على قوله لو اوصى له بخدمة عبده فتقدير هذه الحالة يريد حالة العطف كحالة
الانفراد اي كحالة انفراد احدي الوصيتين عن الاخري لا تحقق التهايؤ بينهما فيما
اوجب الكل احدهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله
من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا
للورثة والخدمة للموصي له من غير اشكال فكذا اذا اوصي بالرقبة لانسان
اخر تكون الرقبة له والخدمة للموصي له لها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان
الملك فيهما يثبت بعد الموت ثم العبد الموصي بخدمته تشخص ويوقفه لاجزاما الثلث
ادرك حد الخدمة اولا فان كان الثاني ينفقه على الموصي بالرقبة الي ان يدرك
الخدمة لان بالانفاق عليه تموا العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك
الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير علي من له الخدمة لانه انما يملك من استخدامه
بالانفاق عليه اذ العبد لا يتبوء على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رفع الي من
له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنا جناية فالفداء علي من له الخدمة لان الملك من
الاستخدام بالطبع عن الجناية يجب عليه التطهير وقوله ولها اي لهذه المسئلة نظائر
وقدم لها في الكتاب واضحة وقوله ولا شئ لصاحب الطرف وهو الامة والحمام والثوب
في المظروف يعني الولد والعصر والثمر في هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الجانبين موصي
له بالخدمة والاخر بالانفاق فهما متفاوتان على ما ذكر فكذلك عند ابي يوسف خلافا
لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الوصية والفصول فيهما في الحكم سواء

وانا خبر

وانا خبر تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على ان
المولود قول محمد قال ومن اوصي لاخر بثمر بستانه ثم مات وفيه ثمر المسائل المتعلقة
بالاقتصار على الموجود من الموصي به والتعدي الي ما حدث على وجه تثنيه في وجه يقع على الموجود
والحادث ما عاش الموصي له ذكر الابد ولم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكني داره
او خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود
دون الحادث ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر غنمه وبعقد الولد في بطن جاريته
واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد
يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمر بستانه وان لم يذكر فان كانت الثمر موجودة
وقت الموت تناولها وان لا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث
الي ان يموت الموصي له وجه القياس ان الثمر في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل
فوجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا للكلام الموصي عن الالغاء ان
والمصنف حمل الفرق بين الثمر والغلة على العرف فيهما ثم الستي والخراج وما فيه صلاح
البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله
ومن اوصي لرجل بصوف غنمه ابدا الي آخر الباب واضح ولله در المصنف ما اجزل تركيبه
واحسن ترتيبه لا يري معنى من المعاني يحتاج الي تقرير الا وتركيبه او في بعرة به من
عين وقيراطه بفتح القاف ستورته ان تقول المراة لزوجها لا تعلني علي ما بطن جاريتي او عني صح
وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شئ ولا شئ له وما وجدت بعد ذلك فللمراة لان ما في البطن
قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تضمن حتي لو قالت علي حمل جاريتي وليس بحمل يرد المهر
باب وصية الذمي وصية المسلم بوصية الذمي لان الكفار
ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحة تمات
فتصير ميراثا بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عند زفر فلان هذا عنده الوقف
عند ابي حنيفة اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير
لازم فهذا اولي واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح ولو اوصي بذلك لمسلم اي لو اوصي
بان يعمل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معني الاستخلاف والتمليك
ولذمي ولاية التمليك فاعمل فيصح اي يصح ايصاءه علي اعتبار المعينين يعني الاستخلاف والتمليك
جعلناه من الثلث نظرا الي الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الي التمليك وان صار ملكا للمسلمين
صنعوا به ما شاءوا وان اوصي ان يجعل داره كنيسة لقوم غير معينين يعني قوما غير محصورين
جاز الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذا في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة
والوصية بالمعصية باطلة لما بني تقييدها من تقريرها وابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم
لو اوصوا بالحج جاز وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم
عبادة وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف انما اذا اوصي

بنابيعة او لبيسة في القوي فاما في الصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يملكون من احداث
ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بنا البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله
لم تقرر مجرورة لله حقيقة بل بحر وعلى معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله
لانهم لم يثبت دليل دليل اخر على عدم التحرير لله تعالى قوله بخلاف الوصية متصل
بقوله ان البانية نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي
قوله سوته مقتضاه وقوله على مقتضاه كلاهما راجع الى الوصية بتاويل ايصاء وحاصل
معناه ان الوصية وصعته لازالة الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناه وهو زوال
الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا الاقت ما هو قربة عندنه عملت عملها
وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي اخص واصح قوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية بنا
البيعة والكنيسة قوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله
والوجه ابناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عندنا عتقادهم وعندهما انه وصية بمعصية
وقوله والحجة مشوبة يعني ان للامد في صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغيرها
خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته
يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله
وفي المرتد الاصح انه يصح وصاياه لانها تبتنى على الردة فصارت كالذمية قاله في النهاية
وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا يكون بين قولي الذمية
وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على عتقادها
واما المرتد فلا تقر على عتقادها والظاهر ان لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا
الاصح وهما يصدقان وقوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي جاز له
كله جاز قبل هذا اذا لم تكن الورثة معه اما اذا كانت فانها توقف على اجازتهم والى هذا
اشار بقوله وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستامن
ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال قد قلتم ليس لورثته
حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يردعليهم الباقي ووجهه ان في ذلك الرد على الورثة
ايضا مراعاة لحق المستامن لانه من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته
والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشار الى قوله لان
امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره وقوله ولو اعتق عبدا عند الموت
الى اخره ظاهر وقوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لم يجز لتباين الدارين فلا فائدة في ايصاله
اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اي للمستامن
مسلم او ذمي بوصية جاز باب الوصي في ما يملكه لما فرغ من بيان الموصي
له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا يشتمل لكن قدم
احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة الى معرفتها اعم ومن اوصى

الى رجل

الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير
علم الموصي هكذا ذكره في الجامع اشار الى ان المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك
حاله عند الوصي فلين يرد انا لميت صحي فسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه
فلو صح رده بغير علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز
بغير رده فطوب بالغرور بين الموصي له والموصي اليه في ان قبول الاول في الحال
غير معتبر او قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على
ما ذكرنا واجيب بان بقبول الاول لها الوصية لنفسه ويقع الثاني للموصي فكان في رده
بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصي به يرجع الى ورثة الموصي والضرر
له في ذلك وليشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع
ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في بعينه وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي
قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة جواز عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب
النهاية هذا الذي ذكر مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي
للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها
ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه
عن غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه
وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وقد
اشار اليه المصنف في باب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قبل الا محضر من الموكل وقلنا
ايضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله وسببه الاضرار بتقريره واما اذا كان وكيلا
بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء لم يقبل ان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا يعني كمن وكل حاجا بشيء
فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نفسا او دلالة كان بالخيار فيقال كان يجب ان لا يكون مخيرا
لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي فلم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به
والضرر مدفوع ويجيب بان الموصي معذور حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار
خلافا لما اذا قبل ثم رد في عينه فانه غار فيبطل الخيار وقوله فلو اذا باع شيئا من تركته
بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه
يتقرر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب
مر ذكرها ذكره في باب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم الناس بالوكالة يجوز
تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عند شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي
حنيفة وقالا هو والاول سواء ايي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال
الا قبل يعني ان الوصي اذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل لم يقبل فهو وصي الى ان يخرجه
القاضي حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الا بما عند ما خلافا لزفر لان في ابطاله

مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر للوصي لكن الاول اعلا لكونه غير محجور بشيء والثاني محجور بالتوكيل
ودفع الاعلا من الضرر اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثنا من قوله فلذلك
ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال الا اشهل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف
المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ
وإليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما يصح ان
الوصاية لوصحت بقبوله كان القاضي ان يخرجه ويضم الاخراج فضا اولى وإليه ذهب شمس الائمة
الحلواني والثاني واضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد عبد او كافر
ذمي ومستأمن او حربي فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ
وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور
تلك الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث وإليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه
سيبطل ووجه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان محجورا عن استيفاء حقوق
الميت مظنونا لكون منافعه للمولى الظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له
الرجوع وعند ذلك يحجر العبد عن التصرف بالوصاية فبينا بالقاء سيبطل اخراجه القاضي
عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم نيابة قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت
ان الايصا صحيح لكنه لا يتوفى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال
بعضهم انه باطل في العبد وإليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية
وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته شان
الى ما قبل الاجازة وقوله واستثنا وع الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعانة منه للعبد ولا يتعلق
به الذوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج
ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه انفا قوله وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله يعني لان
الميت انما اوصى اليه لينظر في ثاله واولاده بالحفظ والصيانة وبالخيانة تنتفع الصيانة
فلا يحصل الغرض من الوصاية قوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار
هذا اي هذه الوصية وهي وصية عبد على الورثة الصغار بخبرتها لانه لا يملك بيع رقبته
وقوله وهذا ينقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الوصي وولايته لا تخرج الى الثاني
ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التخرج في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى للتبعية فيخرج
فكان عابدا على موضوعه بالنقض وقوله انه تحاهب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستند
احتراز عن الايصا الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع
والمناقاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمناقاة واجيب
بانا ذا ثبت الايصا لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله يكونه ظاهر الجواز القابل للاختيار
المرقوف دون الاجازة فقالا اذا وقع بديانته ولما تند وتتقيد على من حلفهم

وصار

وصار كالمكاتب قال الايصا اليه جائز فلذلك هذا قوله والوصاية قد تخرج جواب عن
قولهما وفي اعتبارهن تخرجه وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا
اوصى لرجلين الى احدهما في العين والى الاخر في الدين فان قال احد منهما يكون وصيا
فيما اوصى اليه خاصة او يقول ايصا واليه اني اتخرى كيلا يودي الى ابطال اصل هذا
التصرف وهو بضعف عبد وصيا على الصغار فان قيل ينبغي ان يتغير وصفه وهو حجر
منخرا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحيح الاصل اولى من افساده ان بالكلية قال
ومن يحجر عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية اعلم ان الاوصيا ثلثة عدل
كامل وعدل غير كامل وفاسق واذا المصنف العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجزه وهي
عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه عدل رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي
نصب ناظرا واذا علم خيانة الوصي ونقصانه وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم
عدل اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي او عجز عن الاستبداد او تحرج
لا يحبسه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجز اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر
من الجانبين اي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في خراج
الموصي والعاجز العزول بقضا حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي
ان يتعرض اليه بالاخراج وان شكاه الورثة او خصم اليه الا اذا ظهر منه خيانة
فانه يستبدل لذلك عين ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين
الى اخر روى عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى
اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيل
اذا وكل كل منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيما جميعا
سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية
انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الاقتران والاجتماع
بخلاف الوكالة واما قال الا في اشيا معدودة ولم يذكرها لاختلاف اقوال العلما
فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المبهمة وقبول الهبة وجمع
الاموال الضالة من تجهيز الميت وقضا الدين بحبس حقه وشرا ما لا بد للصغير
منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد العضب والوديعة والخصومة وذكر
في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي السنة المذكورة في الاسرار وتنفيذ
الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة قيل ويحتمل ان لا يكون
قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة لانهما واحد اللائق ما نص عليه
من الثمانية والذي ذكر المصنف الترمذي وقوله سبب الولاية يعني انما
لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالقرابة كالكافر والعبد على ما مر من قبل وقوله

لانها ليست من باب الولاية الى الولاية المستفادة من الموصى لتحققها من غير من اوصى اليه
وذكر رواية الجامع الصغير لبيان انه اذا اقتضى الدين اى قبضه ليس لقضاء بدل هو
على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه فى مطلع الكلام مع
ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان الجد فى الضغن مات احدهما متصلا بالكلام
وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحى ظاهر وقوله والى الجد فى النفس يعنى اذا
مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى
فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قاضيا حكما والخلف
يجعل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الترك كان له ولاية اى عند سكوت الموصى
كان للوصى ولاية فى الاتراث اى فى تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول اليه
وتركة موصيه اما فى تركته فباعتبار انه ملكه واما فى تركة موصيه فاعتبار الوصية
اليه فيمتزل الثانية منزلته فيهما وقوله ليرضى بتوكيل عين اى لا يرضى الموكل
بان يوكل وكيله عين او يوصى الى عين قال ومقاسمة الوصى الموصى له عن
الورثة جائز رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل اخر بثلث ماله وله ورثة صغار
او كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له ثابتا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين
للورثة فالقسمة تاقع على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفى المنقول
ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة فى يد لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ
واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم مع الوارث عن الموصى له
فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان
او كبيرا حاضرا او غائبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما افرز
كان له ان يرجع على الورثة بثلثها فى ايديهم والفرق بين المنقول والعقار ان الورثة
اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا
كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه
المسئلة ما ذكر فى الكتاب وحاصله ان الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فجاز ان يكون
الوصى خصما عنهم وقابضا متاعهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون
بينه وبين الوصى مباسمة حتى يكون خصما عنه وقابضا متاعه فى حق نفوذ القسمة عليه وقوله
حتى يرد بالعيب اى فيما اشتراه المورث ويرد عليه اى فيما باعه المورث ويصير مغرورا
بشراء المورث فانه اذا اشترا جارية فباعت ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية
فانه يرجع على بايع الميت ولم يكن خليفة فارجع كالوباعها المورث من اخر والمسئلة بحالها
فان المشترى يرجع على بايعه دون بايع بايعه لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون
غرورا لغرور وقوله غير ان الوصى لا يضمن جواب عن سؤال تقديره اذا كانت القسمة
غير صحيحة كان تفرقه غير مشروع وفعل المال بعد ذلك الفعل الذى هو غير مشروع

فيجب

فيجب الضمان كالوتعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه امين فيه
وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى اخر وفيه
اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرز للورثة فى يدهم لان الحفظ انما يتصور
فى ذلك اما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض ان شاء ضمن
الدافع بالدفع كذا فى النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره
لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشار الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه
قال وان كان اوصى الميت بحجة رجل مات وترك اربعة الاف درهم واوصى ان
يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصى الالف ودفعها الى الذى يحج عنه فسرقت فى
الطريق قال ابو حنيفة يوخذ ثلث ما فى التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يوخذ ثلث
ما بقى من اخرى هكذا وقال ابو يوسف يوخذ ما بقى من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة
وثلثة وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يوخذ من اخرى وقال محمد اذا سرقت
الالف الاولى بطلت الوصية ولا يوخذ منه من اخرى ووجه ذلك مذكور فى الكتاب
وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكر فى الكتاب وذكر الامام
المحبوبى ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة هالكا ويوزن كان القسمة فيه تحيز
لاعيان له حتى لو افرز احد الشركين من غير قضاء ورضا وجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه
مرابحة على ما قام عليه من الثمن واما فيما لا يكال ولا يوزن لا يجوز كان القسمة فيه
مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة فى الدراهم لعلة
اشار الى ذلك فالا يوزن وقوله واذا باع الوصى عبدا من التركة ذكر لبيان
الفرق بينه وبين ما اذا باع المولى ووصيه عبد المأذون له المديون بغير محضر من
غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغرماء العبد هناك حقا فى استسعاء العبد وبعد البيع
لا يبقى فكان فى البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما هنا فليس لغرماء الميت حق
فى استسعاء العبد انما حقه فى استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغرماء بل يكون
متحققا لانه حقه فى الدراهم او الدنانير لا فى عين العبد وبالبيع تحصل وقوله ولو توكل
حاسبه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعنى اذا باع مثل ثمنه وقوله ومن اوصى
بان يباع عبد ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله لانه ثمنه بقبضه اى لان
اهل يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصى
ولا لورثته وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه
حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اى بحكم ان الميت
غر بقوله هذا لكونه اذنا له امر ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا لهذا العبد ملكى
فكان الوصى مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع
التركة وقوله وقد مر فى كتاب القضاء فى اخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله

واذا باع القاضي او امينه عبد اليتيم او غرسا الى اخره وقوله فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء اي باعلى الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم بان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين اخر وقد ذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا الآن غرم تصرف الوصي عاد اليهم فالاحسن ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غرم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الى اخره ظاهر وكذلك قوله واختار الوصي مال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه وارثين في الملة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز يحتاج الى الفرق بينها وبين ما اذا باع الوصي مال اليتيم مثل قيمته من اجنبي فانه جائز على ما يجيء والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجواز ها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز او لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة واجب يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة خمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى ظاهر الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والعبيد المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان ذلك لا يكون تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب لانه لا يتولد لغيره ولا تتعلق بواما مال اليتيم الا التي هي احسن قال واذا اثبت كتاب القاضي الى قاض اخر على وصي هذا اعلم لكتاب الحقوق والشهود لتضمنه شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشار الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع الوصي على الكبير الغايب قيدنا بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والعقار على جواب التلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيدنا لغيبة الولي لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين او اوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من ماله فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا او بمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما ادعى الدين انه لغيره عند ابي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية

بمقدار

الثلث ولو باع لتنفيذها شيأ من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يلي شراء دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مامورا بالبيع من جهة الوصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما لهما قالا في منع بيع الزيادة ان الحوائج لا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تجري فيما تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في البعض الباقي وان في بيع البعض اضرار التغيب الباقي فكان في بيع الكل تنوير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا ترى انه يملك الحوط وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار اذا كانوا حاضرين بعيان القاضي واذا كانوا غيبا وصلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق بيع المنقول والعقار جميعا ويغير مستغرق بيع قدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين بيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف ان كانت مشغولة بدين مستغرق بيع الكل وبغير مستغرق بقدر والزيادة على الخلاف ويجري في المال ظاهر وقوله وهذا الجواب في تركه هو لا يعني الاخ والعم واما فيما يتركه هو لا ان وصي هو لا فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغايب فان وصي الاب يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن ابنه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قايم مقام الاب والاب حال حياته يملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيه واما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان فان كان مستغرقا فلوصي بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا بيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين ففي الاختلاف المار وهذا الجواب عنده هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه لا ولاية للاب على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي اخ في مال الصغير من الجد الى اخره ظاهر وقوله لما بينا اشار الى قوله ولان الولاية لا تنتقل ولاية الا ما لبه الى اخر فصل في الشهادة قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا محتصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عرافتها فيه قوله واذا شهد الوصيان ظاهر وقوله وجد الاستحسان الى اخره اعترض عليه

شبكة الألوكة www.alukah.net

انه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر ما لم يكن له ذلك من عمر شهادة فكذلك عند ذا الشهادة اذا تمكنت بهما الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للوصي اليهما منع شهادته لذلك كان من زعمهما انه لا شركة في هذا المال الا لاثنان فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط موجبة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الاثنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة قوله وكذا لو شهدا يعني الوصيين الى آخره واضح وقوله وان شهد رجلان لرجلين حبس هذه المسايل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهي الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شايع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او ثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا هو ان يشهد الرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او ثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما تثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة فتقبل كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا فوجه القول وهو الذي ثبت عليه الامام محمد ولم يضطرب ان الدين يحب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر ان يشاركه ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى احدهما حصته من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حالة الدين لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة

كتاب الخنثى

فصل وبيانه لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده وبعض احكام من هو نادر الوجود ذكر في الترتيب ان ترتيب الخنثى يدل على ندوره وتكلم ومنه المحنث وخنثى في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر انما بين نوع مغاير جنسا ونوعا لم يتقدم شيء مما وجد ذكر الفصل قلت كلامه في قوله ان بقاء هذا الكتاب بعد فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في الفصل الاجمالي فان قال واذا كان اي قال القدوري اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الرافع في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظاهر وقوله فهو دلالة على انه هو الفصل الاصلي الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هذين الاليين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع تحدث بعدها ان المنفعة الاصلية للالة كونها سببا لما هو المقصود من احدهما عرفنا ان الآلة هي التي للفصل في حقه هذا والحرز بالزاي حرق في اليد فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت

علامة

علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما قيل لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب

فصل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل ان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ان يقال له بلغ بالسن فان خرج منه المني فهو رجل وان حاض او حبلت فهي امرأة لان هذه من خواص النساء وان لم يكن شيء من هذه العلامات فهو خنثى مشكل ما لم يبلغ بالسن وهو ان يستكمل خمس عشرة سنة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ثمانية عشر سنة وقال الشافعي سبعة عشر سنة لان الانبات علامة البلوغ في حق الرجال والنساء لحديث بني قريظة وقد عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم من انبت الشعر من مقاتلتهم قتله ومن لم ينبت استحياه فكان الانبات دليلا على البلوغ فيقام مقامه السن الذي يحتمل البلوغ فيه وهو خمس عشرة سنة عند ابي حنيفة وابي يوسف وثمانية عشر سنة عند محمد وسبعة عشر سنة عند الشافعي لان هذا السن هو الغالب في البلوغ فيقام مقامه كالسفر مع المشقة يقام مقام المشقة وهي الغالب في السفر وهذا لان الاحكام تدور على الغالب لا على النادر ولهما ان الانبات علامة البلوغ في حق الكل لا في حق الغالب فلا يقام مقامه السن الغالب وهذا لان الانبات يدل على البلوغ لانه يكون بسبب حرارة تقوى على انضاج الطبيعة الغليظة وهذا لا يوجد قبل البلوغ الا اذا اريد به الغالب

فصل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل ان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ان يقال له بلغ بالسن فان خرج منه المني فهو رجل وان حاض او حبلت فهي امرأة لان هذه من خواص النساء وان لم يكن شيء من هذه العلامات فهو خنثى مشكل ما لم يبلغ بالسن وهو ان يستكمل خمس عشرة سنة عند ابي حنيفة وابي يوسف وثمانية عشر سنة عند محمد وسبعة عشر سنة عند الشافعي لان الانبات علامة البلوغ في حق الرجال والنساء لحديث بني قريظة وقد عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم من انبت الشعر من مقاتلتهم قتله ومن لم ينبت استحياه فكان الانبات دليلا على البلوغ فيقام مقامه السن الذي يحتمل البلوغ فيه وهو خمس عشرة سنة عند ابي حنيفة وابي يوسف وثمانية عشر سنة عند محمد وسبعة عشر سنة عند الشافعي لان هذا السن هو الغالب في البلوغ فيقام مقامه كالسفر مع المشقة يقام مقام المشقة وهي الغالب في السفر وهذا لان الاحكام تدور على الغالب لا على النادر ولهما ان الانبات علامة البلوغ في حق الكل لا في حق الغالب فلا يقام مقامه السن الغالب وهذا لان الانبات يدل على البلوغ لانه يكون بسبب حرارة تقوى على انضاج الطبيعة الغليظة وهذا لا يوجد قبل البلوغ الا اذا اريد به الغالب

المراد ح

شبكة الألوكة www.alukah.net

والاقدام على المباح مباح فيلزم اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان يلتحف قدام الرجال او قدام النساء يعني اذا كان مراهقا والمراد بالالتحاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المراة الى المراة لتنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل جاز له التكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان تخلوا به اي يلزم ان تخلوا به غير محرم من رجل او امراة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تخلون رجل بامراة ليس منها نسل فان ثالثهما شيطان وامره في ذلك محتمل نظرا الى حالته وقوله لا على اني في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم الترجح وقول محمد ظاهره وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنثى لا يثبت بالشك وقوله وان قالا يتولين يعني ان يتولى كل عبد لي وكل امة لي فحر وقوله لانه ليس بمعلوم يعني انه في الواقع ليس كذا عن احد الحالين وقوله لانه مدعوى خالف قضية الدليل لانه يقتضي ثبوت الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يغسل انما قال بلفظ ينبغي لان حكم غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لان اهل الغسل غير ثابت بين الرجل والنساء اي غسل الرجل المراة وعكسه غير ثابت في الشرع وان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تتكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امراة ماتت بين رجال او عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الحرمة ان يمم الاجنبي وتيسيرها ان كان فارحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويديه ومرفقيه عن دراعيه لجواز ان يكون امراة وكما يشتري جارية للغسل كان ينبغي للختان لانه بعد الموت لا يغسل الا بالكبة فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة مما لا بد منه لاهلية الملك بنفسها وقوله ووضع الرجل ما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يتوقف الرجال والنساء كان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليلني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفع مع رجل في قبر واحد من بعد رجل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهته اشرف والرجل بالقرب اليه اولى وقد جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم احدا للقرآن جانب القبلة ويحمل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المراة النعش شبه المحفة مشبكة يطرح على المراة اذا توفيت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله وان كان ذكرا فقد زاد وعلى الثلث فلا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلثة في الكفن للرجل غير مشروعة كما في حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته اكثر من الثلثة ولكنه اذا كان كفي الاقتصار على الثلثة ترك السنة فان السنة في كفنه خمسة اثواب قال ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري

ذكر

ذكر قول محمد مع ابي يوسف ولذلك اتيت المصنف في الكتاب وكذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وفي غاية الاتقاني ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وابو يوسف فسره على وجه ولم ياخذ به وهو ان يحمل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه اخر وهو تفسير محمد بان يحمل على اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا قول ابي حنيفة ومحمد فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عند في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث انثى ذكر وصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لانا للابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة ارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت والبنت في الميراث نصف الابن فجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيبا ابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع سهم تحصل سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة ومحمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى اثلاثا فاعطيناه الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزايد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولدفع الكسر التصحيح فيضعف فيزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختيار ان وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة تكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت بسهم واربعة وثمانين لذا افاده الامام حميد الدين ورأى حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من تناسب استحقاقه بالدكورة او الانوثة ولا شيء منهما معلوم واثبات المال ابتداء دون سبب تحقق غير مشروع فلا بد من الحاق المتيقن والاقل وهو ميراث الانثى بتيقنا وجئناه كما اذا كان اثباته بطريق اخر فانه يوخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان على درهم يلزمه درهم بالثلثة حتى يقوم الدليل على الزايد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة زايد فان من قال لفلان الى ابتداء سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى

كان ء

والجهالة وقعت في القسمة فقالوا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو
في استحقاق العقد او سببه الذكورة والانوثة والاشتباه منهما بيقين ونحن فيما نحن فيه وقوله لان نصيبه
انما قل لو قدرناه ذكرا استثنا من قوله وهو ميراث الاشتباه للتيقن وما جوزنا عنه الى نصيب الذكر
لان المال انما يجب بالتملك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيبه الا ترى ان قدرناه ذكرا فنصيبه يعطى
نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون زوجا وابا واختا لاب وام وهي خنثى فان
فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول
الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو المسدس وهو اقل
فقدرناه ذكرا واذا تركت امرأة واخوين لام واختا لاب وام وهي خنثى فلمرأة الربع ولبني الاحياز الثلث
فان قدرنا الخنثى انثى ترث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلثة عشر ولها ستة
من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو مات وترك
زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شئ للخنثى وهذا
معنى قول العلما في تفسير قوله اقل النصيبين اسوا الحالين وهو مذهب عامة الصحابة فان قيل
اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانته امرأة في المآل كيف يكون حاله في الميراث حاذ كن للمصنف
في الكتاب تملت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عند ي في الميراث الا ان يتبين غيره لكن
يشكل ان الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك الترم لان سبب
استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما يقتضي من ذلك لزاحمة حق الغير وجب جعلنا
الخنثى بازحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يوخذ منه الكفيل قال بعض شيوخنا
هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم ياخذ منه كفيلا في قول
ابي حنيفة وعند هما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عند هم
جميعا والعام جوزا بو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم
يصدر به القاضي قضاه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فياخذ من الابن
كفيلا له لذلك فان تبين ان الخنثى ذكرا استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم
للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره
لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله اعلم
مسايل شتى قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسايل شتى او مسايل متفرقة من ابواب
المصنفين لتذكار علم لم يذكر فيما كان نحو ذلك ومن هذا قوله فاذا جامن ذلك ما يعرف انه اقرار بشيء
الى ان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل
ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان منه ذلك
في نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على ما هو المعهود بالاعتقال لسانه بضم التا اذا حبس
عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتى لو استدار اذنه منه كذا ذكر الترجماني وروي عن ابي حنيفة
انه قال ان دامت العلة الى وقت الموت جوزا قراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه ذ

لانه

لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله في الابدع رناه
بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ند فرمار حل وسمي فقتله
فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيا من ذلك فافعلوا بها كما تفعلون بهذا
ثم كلوه وقوله كالحذاي الاخرس اذا قذف بالاشارة والكتابة لا بالحد له اذا كان معذورا وقوله
وهو في حق الاخرس اظهر منه في حق الغايب لان الظاهر من حال الغايب الحضور والظاهر من حال — اي الجحد في حق الاخرس ع
الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق الغايب في ثبوت الاحكام مع رجحان الحضور فلان
يقبل في حق الاخرس هو مع الياس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين
احترز عن غير المستبين وهو الكتاب عن الهوا والماء سوم اي معنون اي مصور بالعنوان
وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلثة والحكم في كل منها ماذن
وقوله فينوي فيه اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزله صريح الكناية اي لان كناية التولية
كقوله لا ثبت بائن وامثاله ولا يخص بلفظ دون لفظ فانه كما ثبت بالعربي ثبت بفارسي وبد — وقوله ع
ثبت بغير لغط اي بفعل يدل على القبول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك
اي لا يكون حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه
اي الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اي محرج هنا اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب
كتابا او يومي ايماء وقوله لانه اي الاشارة وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان
فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة
فان فيها نوع ايهام وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لانه اي الاشارة اقرب الى نقل
من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل باثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم
الحاصل بالاشارة فحاصل ما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه والمتصل بالمتكلم اقرب
اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذي صمت يوما او يومين عطف على
قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان اومى براسه اي نعم او كتب وقوله واذا
كانت الفهم مذبوحة الى اخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الشاب فان المسافر اذا كان معه ثوبان
احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي وقع تحريه انه طاهر
فقد جوزتم التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم تجوز والجواب ان
وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها
عريانا لا يعيد صلاته لانه معذور في الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه ويوييد ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب
نجس فان كان ثلثة ارباعه نجسا ووجه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلو جازت صلاته
فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى والله اعلم وكان النزاع منه
في يوم الاربعا المبارك مستهل شهر المحرم الحرام لسنة عاشرها على يد فقير عباد الله
واضعفهم احمد ابن يحيى الزاهدي واودع فيه شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم تسليما كثيرا ابدا الى يوم الدين

