

میلادی ۱۹۰۱ الخیست: هجری ۱۳۲۰ فی سنه ماہ جمیعالاسی
رمضان شریف آئندہ بشریک صوم بوابینہ الدردم قاراندان میں
المجلد الثانی من امام برهان بن عماد توفی

الهدایۃ مع الکفایۃ

واقوال الشروح السائرة كالنهاية والبدایة وغيرها

مؤلف الهدایة: شیخ الاسلام برهان الدین علی بن ابی بکر المرغینانی
الحنفی المتوفی سنة ثلاث وتسعين وخمسمائة سنة ۵۹۳ھ

مطبعة کریمہ قزان

کند مصارف لایہ

سنہ ۱۹۰۷

КАЗНЬ.

Типографія Т-го Д-ма „Братья Каримовы“

1907.

(قوله ينعقد الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المعلن عنه
(قوله لان البيع الخ اى لان البيع انشاء تصرف شرعى وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف
به امان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات مالم يكن وهو صادق على البيع لانه لا يملكه واما كونه شرعيا فلان
الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون
الامنه والموضوع الخ ع (قوله بخلاف النكاح ٢) فانه لو قال زوجنى فقال الولي زوجتك ينعقد
النكاح والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقديم الخطبة والخطبة وهما يدلان على
ان المراد الحال اما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله بيعك عـدة
لا بيعا ويعنى استيماا وطلبا وذالايستدل على الوجود لانه لا يملكه كفايه
(قوله وقوله رضيت الخ هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينصرف في لفظ
بعث واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعث منك هذا
يكفي اذ قال رضيت او اعطيت اى الثمن او قال اشتريت منك هذا يكفي
فقال رضيت او اعطيت اى المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا
قال اشتريت منك هذا بكفاه بكذا فقال خذه يعنى بعث بذلك فخذ لانه امره بالاخذ بالبدل وهو
لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء لتصحیح كلام المنطوق ع (قوله
في هذه العقود قيد ذلك لان بعض العقود قد تحتاج الى اللفظ ولا ينعقد به لونه كما في المفاوضة ع (وقال
(قوله في النفس الخ قيل المراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والامارد بالحسيس ما يقل ثمنه كالبقل
والرمانة والخبز واللحم وقد يفسر الاول بما يكون قيمته مثل نصاب السرقة او فوقه والثاني بما يكون
قيمته دون نصاب السرقة جلي (قوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه قال انما
ينعقد البيع بالتعاطي في الاشياء الحسيسة كفايه

الجلد الثاني من الهداية

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال (البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل ان يقول
احد هاتبع والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع
والموضوع الاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بالفظين احدهما لفظ
المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك
بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعث واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر
في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والحسيس هو الصحيح لتحقق
المراضاة قال (واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في
المجلس وان شاء رد) وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يارفعه حكم البيع
من غير رضاه واذا لم يقف الحكم بدون قبول الآخر فله وجب ان يرجع عنه قبل
قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس
جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا
لليسر والكتاب كخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ
الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان
يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاه الاخر بفرق الصفة الا اذا بين
ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل
الايجاب لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه واذا حصل
الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لو احدهما الامن عيب او عدم رؤية

في هذه العقود قيد ذلك لان بعض العقود قد تحتاج الى اللفظ ولا ينعقد به لونه كما في المفاوضة ع (وقال
(قوله في النفس الخ قيل المراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والامارد بالحسيس ما يقل ثمنه كالبقل
والرمانة والخبز واللحم وقد يفسر الاول بما يكون قيمته مثل نصاب السرقة او فوقه والثاني بما يكون
قيمته دون نصاب السرقة جلي (قوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه قال انما
ينعقد البيع بالتعاطي في الاشياء الحسيسة كفايه

(قوله يثبت الخ على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقدان يراد العقد بدون رضى صاحبه مالم يتفرقا بالابدان ع) (قوله في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة مقدار رأس المال شرط فيه عند ابي حنيفة اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كفايه) (قوله والايمان المطلقة اى الكاملة فى الثمنية وهى المجران لانها اخلافا للثمنية كفايه) (قوله الا ان تذكر الخ وصورة الايمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشيء بالنهب ولم يبين ﴿ ٣ ﴾ قدره ولا وصفه وكذا لو قال

بالدراهم وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة وبيان الصفة ان يقول بخارى او سمرقندى كـ) (قوله وكل جهالة هذه صفتها وهى كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تنفض الى المنازعة كما اذا كان مجهول القدر مشارا اليه وكما لو باع عبدا من عبيد على ان المشتري بالخيار كـ) (قوله بثمن حال اقول الاعيان ثلثة نقود اعنى الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدواب والبيت وغير ذلك ومقدرات كالكيالات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عد ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا او مئنا والتمييز فى اللفظ بدخول الباء بعده ع) (قوله وعنه عليه السلام الخ قلت اخرجه البخارى ومسلم عن الاسود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما الى

وقال الشافعى يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا ان فى الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمل فيه عمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعراض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها فى جواز البيع) لان بالاشارة كفاية فى التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنفض الى المنازعة (والايمان المطلقة لا تنصح الا ان تكون معرفة القدر والصفة) لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فميتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما) لا طلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودى طعاما الى اجل معلوم ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد فهنا ايطالب به فى قريب المدة وهذا يسلم فى بيعها قال (ومن اطلق الثمن فى البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التعرّى للجواز فيصرف اليه (فان كانت النقود مختلطة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها) وهذا اذا كان الكل فى الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرّف اليه تحرر بالجواز وهذا اذا كانت مختلقة فى المالية فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصر فى اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اى نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف فى المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكائلة ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يد ابيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال (ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره ويوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تنفض الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فليندره لا كنه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة

اجل ورهنه درعاه من حديث انتهى وفى لفظ البخارى ثلاثين صاعا من شعير وهذا اليهودى اسمه أبو الشعم تخريج زيلعى) (قوله كان على غالب نقد البلد اى البلد الذى جرى فيه البيع لابلد المتبايعين وفى الدرر النقض مالىس مصوغا من النذهب والفضة مسكوكا اولا) (قوله وهذا اى القصد على تقدير عدم البيان والجواز على تقدير البيان قوله وهذا اى فساد البيع اذا كانت مختلقة فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج وانما اعاده للتنبيه على ان المراد بالمتن المختلفة فى المتن المختلفة فى المالية

قوله بجهالة المبيع والتمن جهالة قد تنفض الى المنازعة لان البائع يطالب من المشتري قبض الثمن
اولا والتمن غير معلوم وهذا لا يدفع مالم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن وذلك انما يكون
عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان (قوله كما اذا باع الخ واجيب لابيحنيفة رح ان القياس فيه فساد
ايضا الا اننا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون ثابتا
بدلالة النص والاستحسان

﴿ ٤٤ ﴾

وعن ابيحنيفة ره انه لا يجوز في البيع ايضا والاوّل اصح واطهر قال (من باع
صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان
يسمى جملة قفز انها وقالا يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة
المبيع والتمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية
جميع القفز ان او بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان على
كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتهما ومثلها
غير مانع كما اذا باع عبدا من عبيدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز
في قفيز واحد عند ابي حنيفة ره فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا
اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفز انها لانه علم بذلك الا ان فله الخيار كما
اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع
في جميعها عند ابي حنيفة ره وكذلك من باع ثوبا من اربعة كل ذراع بدرهم ولم يسم
جملة الثوب وان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعند
ينصرف الى الواحد) لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز
للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تنفض الجهالة الى المنازعة
فيه وتنفض اليها في الاول فوضع الفرق قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة
قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته
من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه
بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين
والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا
على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة
الثمن وان شاء ترك) لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول
والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلها ان يأخذ به بكل ثمن
بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلها ان يأخذ بحصته الا انه يتخير
لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها اكثر من
الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لانه صفقة فكان بمنزلة ما اذا باعه
معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعثتك على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم

بالنص لا يتعدى الى غيره
فلها لم يجوزه ابي
حنيفة رح فيما نحن فيه
قياسا واستحسانا (قوله
على ان المشتري بالخيار
ان شاء اخذ هذا وان
شاء اخذ ذلك فاذا اخذ
ايهما شاء ارتفعت الجهالة
فكنا ههنا (قوله
لتفرق الصفقة عليه وهذه
المسئلة مجتهد فيهما
لا يعرف حكمها كل فقيه
فكيف العامي فاذا لم
يكن المشتري عالما
بان العقد واقع على قفيز
واحد وقد علم الان
يثبت الخيار عند العلم
لنا (قوله لانه علم بذلك
الخ فز بما كان في خدسه
وظنه ان الصبرة تأتي
بمقدار ما تحتاج عليه
فزادت وليس له من الثمن
ما يقابله ولا يمكن اخذ
الزائد مجانا وفي تركه

تفريق الصفقة على
مكان آخر بل يوافق اولاه (قوله ولم يسم جملة الثوب وانما اذا بينهما
او بين احداهما كما اذا قال بعثتك هذا الثوب وهي عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع
بدرهم او قال بعثتك هذا الثوب وهي عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعثتك هذا الثوب بعشرة دراهم
كل ذراع بدرهم فصحيح (قوله متفاوت ان في القيمة كالبطيخ والسفرجل والرمول والحشب والاداني جليبي

(قوله لكنه صار أصلاً بأفراجه الخ حيث قال كل ذراع بدرهم فكان أصلاً لأن مقابلة الثمن من خواص كونه أصلاً إذا الثمن لا يقابل الأوصاف فنزل الخ ك) (قوله فنزل الخ فيه بحيث فإن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد وارد على اثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما يأتي والجواب أن الأثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى

﴿ ٥ ﴾

المنازعة والندراجان من ثوب واحد ليست كذلك ع (قوله لم يكن أخذ الخ وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم فإن كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه غ) (قوله من دار أو حمام أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم أو مالا ينقسم ع) (قوله وهو المعين إلا أنه مجهول لا يعلم أن تلك الأذرع من الدار في الجانب الشرقي منها أو الغربي أو من صدر الدار أو أسفلها والمبيع إذا كان معيناً مجهولاً لا يصح كما إذا قال بعت منك أحد هذين العبدین والتعيين غير منافي للجهالة لما ان التعيين في امر والجهالة في امر آخر نهاية (قوله بخلاف السهم لأن عشرة اسم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضي إلى المنازعة فكان صاحب عشرة سهم شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها

فوجدنا نقصة فالمشتري بالخيار أن شاء أخذها بمصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بأفراجه بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن أخذ الكل ذراعاً بدرهم (وإن وجدها زائدة فهو بالخيار أن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء مسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة في النزع تازمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فينتخير وإنه يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ولو أخذه بالآقل لم يكن أخذاً بالمشر وطقال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقاله رجائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً) لها ما عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبهه عشرة أسهم وله أن النزع اسم لما يندرج به واستعير لما يحمله النزع وهو المعين دون المشاع ذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة النزع إن لم يعلم وهو الصحيح خلافاً لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هوت تسعة أو أحد عشر فسد البيع للجهالة المبيع والثلث (ولو بين لكل ثوب ثمانية أذرع في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) للجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثوبين كل واحد منهما لا يجعل القبول في المروي شرط للعقد في المروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا (وإذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة إن شاء وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويغير) لأن من ضرورة مقابلة النزع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجوز عليه حكمها ولا يبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببطل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا يبي حنيفة أن النزع

وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أي موضع كان فلا تؤدي إلى المنازعة ك (قوله وله الخيار أن شاء أخذ كل ثوب بها سمي وإن شاء ترك لأنه ربما يكون الباقي ردياً والغائب جيداً والمشتري إنما رغب في الردى لمكان الجيد فيتضرر بتفريق الصفقة قبل التمام فينتخير ك (قوله ولم يجز في الزيادة لأن العقد تناول العشرة فعليه رد الأثواب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً كفاية

(قوله يجوز بيع ذراع الخ اي اذ باع ذراعاً من هذا الكر باس ولم يعين موضعه يجوز كما اذ باع قفيزاً من صبرة الطعامك) (قوله فصل مسائل هذا الفصل مبينة على قاعدتين احدهما ان كل ما هو يتناول اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وان لم يذكر صريحاً الثانية ان ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً له في النخل ويعنى بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قراره (قوله يتناول الخ فان قيل له حلف لا يدخل هذه الدار ﴿٦﴾ فدلها بعينها انهم مت يعنى

وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدر بالشرط وهو مقيد بالذراع فعنى عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكر باس الذي لا يتفاوت جوائبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع داراً دخل بناءها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعاً له (ومن باع ارضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل به لقرار فاشبه البناء (ولا يدخل الذرع في بيع الارض الا بالنسبة) لانه متصل بها للفصل فاشبه المانع الذي فيها (ومن باع نخلاً او شجراً فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المانع) لقوله عليه السلام من اشترى ارضاً فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المانع ولان الاتصال وان كان خلقه فهو للمقطع لا للبقاء فصارت كالزرع (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها ذرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع قال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستعصم الزرع لان الراجل انه هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انتفعت مدة الاجارة وفي الارض زرع فلما هناك التسليم واجب ايضاً حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم العوض لافرق بين ما اذا كان الثمر بحاله قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكره واما اذا بيعت الارض وقد بنى فيها صاحبها ولم يبن بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمنازع ولو بنيت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان لناله المشافر والمنازل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانها تيسامنهما ولو قل بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقها او قل من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وان لم يقل من حقها او من مرافقها دخل فيه اما الثمر المجفوذ والذرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المانع (قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بد جاز البيع) لانه مال مقوم اما لكونه منتفعاً به في الحال

فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حث بعد انهدام البناء لان الكل ينتفى بانتفاء الجزء مع ان الايمان مبينة على العرف فكان اعتبار العرف هناك اليق من الاعتبار ههنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغو اذ لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبرك (قوله فيكون تبعاً له لان الاصل ان العرصة اصل في الدار لان قرار البناء عليهاك) (قوله والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح ع) (قوله لانه متصل الخ ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام ع (قوله لقوله عليه السلام من اشترى الخ قلت غريب بهذا اللفظ واخرجه الاثمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر

عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المانع ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع الا ان يشترط المانع انتهى (قوله فالثمرة للبائع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلوة والسلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل ع) (قوله فهو للمقطع فيه اشارة الى ان الاعتبار الثاني الحال والحال الاول لا فرق فيها بين ان تكون خلقه او موضوعاً عنه

(قوله لا يجوز الخ لانها مستحق القطع اذ لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن متفعبا بها حالا وما لا فلم يصح كـ) (قوله للعادة اى لتعارف الناس بذلك والجواب اننا لانسلم ان التعامل جرى في اشراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد) (قوله تصدق بما زاد الخ يعنى يقوم قبل التناهى وبعده فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته) (قوله لعدم التعارف لان التعارف لم يجر فيما بين الناس.

٧

باستئجار الاشجار ولهذا لو استأجر نخلا ليحقق عليه الثياب لا يجوز كـ) (قوله والحاجة اى لعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذالم يكن مخلص سواها وهذا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سئد كـ) (قوله للجهالة اى جهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم بالحر وقد يتأخر للبرد واذا انفسى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصديق) (قوله وكذا الخ يعنى ان البيع لا يجوز اذا حدث شئ قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اى الحيلة في جواره فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الخ عـ) (قوله واما على ظاهر الرواية الخ يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية ولهذا قال ينبغي ان يجوز عـ) (قوله

او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبذل صلاحها والاول اصح) (وعلى المشتري قطعها في الحال) (تفريغا للملك البائع وهذا اذا اشترىها مطلقا وبشرط القطع وان شرط تركها على النخيل ففسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هر صفقة في صفقة وعراة او اجارت في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف له لما قلنا واستحسنه محمد المعتاد بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشترى مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لمصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشترىها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبيثا ولو اشترى مطلقا فامرت ثرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التبيين واوامرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده فكذلك في البادجنان والباطيخ والمخلص ان يشتري الاصول فيحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها الرطال معلومة) خلافا لما لك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينالا الباقي معلوم بالمشاهدة قال قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوى واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثناءه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذلك استثناءه (ويجوز بيع المنطقة في سنبها والباقي الاقلا في قشره) وكذا الارز والسدسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقي الا اخضر وكذا الجوز والموز والفسق في قشره الاول عندك له في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله ان المعقود عليه مستور به الا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روى عن النبي عهـ

ينبغي ان يجوز قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الرطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لانم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب اننا لانم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة المستثنى الاجسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهى لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع

(قوله حتى يبيض الخ وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية كـ (قوله) ولأنه الخ كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لأنسلم أنه لا منفعة فيه بل هو إى المبيع بقشره حب منفع به والمحجوب المذكورة مدفوعة في قشرها قال الله تعالى فتدروا في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز المبيع ع (قوله) والجامع إى العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه كـون كل واحد منهما ما لا تنقوما ينتفع به قوله وفي مسئلتنا إى في بيع الخطة في سنبلها الرباعه بجنسه إى ﴿ ٨ ﴾ باع الخطة في سنبلها بخطة في سنبلها

لا يجوز كـ (قوله) مفتاح الخ والمراد بالمفتاح إذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها فان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق في عمله لعدم الاتصال زيلعى (قوله) إذا لا ينتفع الخ فان قيل الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر المحقوق قلنا شراء الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا من المفتاح فيدخل بدون الذكر كما إذا استأجر دارا يدخل الطريق بدون الذكر كـ (قوله) تحقيقا للمساواة إى في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لأن الدين انقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرتها فالمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر

أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض وبما من العاهة ولأنه حب منفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه ما لا تنقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه أنه لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا الرباعه بجنسه لا يجوز أيضا شبهة الربوا لأنه لا يدرى قدر ما في السنابل (ومن باع دارا دخل في المبيع مفتاحها) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذا لا ينتفع به بدون (قال) وأجرة السكيا لثمن على البائع) أما السكيا فلا بد منه التسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكابلة وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد بن هـ لأن النقد يكون بعد التسليم لا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن (ولا) لأن حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنًا بثمن قيل لهما سلعا معا) لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فمادونها) والأصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عهر والانصارى رض كان يغيب في البياعات فقال له النبي عهـم إذا بايعت فقل لا خلافة ولـى الخيار ثلاثة أيام (ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعى وقال

(يجوز إذا سئى مدة معلومة لم يثبت ابن عهر رض أنه أجاز الخيار إلى شهرين) ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولا يبيح حنيفة ره أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزه بخلاف القياس رويانا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (لأنه) إذا جاز في الثلاث

المبيع ليمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المغنى (قوله) كان يغيب في البياعات (جاز) لما مومة أصابت وغيبته في البيع إى خدعه والغبن ضعف الرأى يقال رجل غيبين الرأى والخلافة الخداع ومعنى قوله لا خلافة إى العدول عن البيع البات إلى الخيار ليس منى غرور خداع لك بل المقصود التردى ويحتمل أنه لا خلافة من جهة البائع لى معنى اثبات الخيار لى حتى اتردى وادفع الغبن عن نفسى أن كان في هذا

(قوله فلا ينقلب جائزا لأن البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد (قوله كما اذا باع بالرقم الخ الرقم في الاصل الكتابة والخنم والتاجر يرقم الثياب اى يعلمها بان ثمنها كذا والمراد من البيع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال او غيره بان ثمن الثوب كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب او الدلال او غيره بعثك هذا الثوب برقمه فقال ٩ ٩ المشتري قبلت من غير ان يعلم مقداره ينعتق البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك

الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزا بالاتفاق ك

(قوله وابو يوسف اخفى الاصل اى في شرط الخيار بالاثار وهو ما روى ان ابن عمر رضى

الله عنه اجاز الخيار الى شهرين وفي هذا اى في الزائد على ثلثة ايام في خيار النقد

بالقياس لان القياس في شرط الخيار ما قاله ابو حنيفة رحمه

الله وانما تركه بائرا بن عمرو لا اثر ههنا فبقى على اصل القياس ك (قوله لان تمام

هذا السبب بالمرضاة لما عرفت من قوله تعالى ولا تأكلوا

اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا يتم الرضا مع الخيار لانه

يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط

وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه (قوله ضمنه بالقيمة

وقال ابن ابي ليلى لاشئ عليه لانه امين فيه حيث قبضه

باذن صاحبه وانما قول البائع ماضى بقبضه الابهة العقد

(قوله ولا نفاذ الخ يعنى ان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فلا يلحقها الاجارة ع (قوله فيه القيمة

اى في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيتته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيتته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى ك

جاز عند ابي حنيفة خلافا لزرر) هو يقول انه انعتق فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقررره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضى جزء من اليوم الرابع وقبله ينعتق فاسدا ثم يرتفع الفساد بحنفى الشرط وهذا على الوجه الاول (ولو اشترى

على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا يبيع بينهما جاز ولى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابو يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان

نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشترط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تجرزا عن المباطلة في القسح فيكون ملحقا به وقدر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على

الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة رابو يوسف اخفى الاصل بالاثار وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زرر وهو انه يبيع شرط فيه اقاله فاسدة لتعلقها بالشرط والاشترط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشترط الفاسد

اولى ووجه الاستحسان ما بينا قل (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينقد عنقه ولا يملك

المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان المبيع يتفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا

نفاذ بدون المجلس فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع لاشئ على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال

(وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البذل عن ملك من له الخيار لانه شرع

نظره دون الامر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا الى مالك

ولا عهد لنا به في الشرع ولا ي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لا اجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكم للمعاوضة

ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة يقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير

والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء ك (قوله ولا نفاذ الخ يعنى ان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فلا يلحقها الاجارة ع (قوله فيه القيمة

(قوله انه اذا دخله الخ اى اذا كان المبيع فى يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا انه تغدر عليه الرد كما قبض سليما من العيب وكذلك فى الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخير البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لورضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ ﴿١٥﴾

اختياره بان كان قريبا فيفوت النظر قال (فان هلك فى يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمنع الرد والهالك لا يعزى عن مقبضة عيب فيه هلك والعقد قائم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمنع الرد حكما لخيار البائع فيه هلك وللعقد موقوف قال (ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها الماله من الخيار (وان وطئها له ان يردّها) لان الوطئ يحكم النكاح (الا اذا كانت بكرا) لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابي حنيفة (وقال لا يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردّها) لان وطئها بملك اليمين فيمتع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له فى مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكته عبد افهومر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للمعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيفض المشتراة فى المدة لا يجتزى به عن الاستبراء عند وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عند وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عند خلافهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فملك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما دون ناله فابراه البائع عن الثمن فى المدة بقى على خياره عند ان الرد متنازع عن التملك والمادون له يملكه وعندهما يبطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تملكيا بغير عرض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمر اعلى انه بالخيار ثم اسلم يبطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعندهما يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعد وهو مسلم قال (ومن شرطه الخيار فله ان يفسخ فى مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حصة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضر اعنى ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

العقد ضرورة اذا لو لم يبيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء ك (قوله امرأته قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرا او ثيبا فى انه يكون مختارا للبيع بالوطئ بالاجماع سواء نقصها الوطئ او لم ينقصها ك (قوله بعد القبض فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت اسكنه لم يتقرر ك (قوله لا ارتفاع القبض الخ اى لان الوديعة لم تصح لعدم الملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك البيع قبل القبض وانه من مال البائع ع (قوله لصحة الايداع فصار هلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده لان يد المودع كيد عيسى (قوله فابراه الخ فان قيل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابرأؤه قلنا فى القياس ان لا يصح ابرأؤه لانه لا يملك الثمن فى الاستحسان يصح ابرأؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد ك (قوله ومن شرط الخ هذا بعمومه يتناول البائع والمشتري والاجنبى لان شرط الخيار يصح منهم جميعا عناية (قوله لان التملك بغير عرض تبرع والمادون له ليس مجازا بالتبرع ع

(يجوز)

ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابرأؤه قلنا فى القياس ان لا يصح ابرأؤه لانه لا يملك الثمن فى الاستحسان يصح ابرأؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد ك (قوله ومن شرط الخ هذا بعمومه يتناول البائع والمشتري والاجنبى لان شرط الخيار يصح منهم جميعا عناية (قوله لان التملك بغير عرض تبرع والمادون له ليس مجازا بالتبرع ع

(قوله وانما كنى بالحضرة عنه يعنى ذكر السبب واراد المسبب لان الحضور سبب العلم عينى (قوله ولهنا اى لاجل عدم ترقى فعله على علم صاحبه (قوله كالوكيل بالبيع فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لما انه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه (قوله ولا يعرى عن المضرة فان قيل لولم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يخفى الذى ليس من جانبه الخيار شخصه حتى بمضى مدة الخيار فلزمه العقد ١١ شاء او اى فينصر من له الخيار اذا اى لسرور المبيع قلنا انما يلزم هذا الضرر

من جانبه بتقصيره فى اخذ الكفيل من صاحبه فكان ضرر امر ضيا بخلاف مانع فيه ك(قوله لانه لا الزام فيه كانه لا يلزم الاخر باجازه شيئا لان العقد لازم من جانب المشر وط عليه الخيار ك(قوله ولا تسليط الخ فهو انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير لازم فى حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلارضاه صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ك(قوله ولو كان فسخ الخ يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر المراد به (قوله والارث فيما يقبل الخ لا يقال قال عليه الصلوة والسلام من ترك مالا موقورا ورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل الانتقال بدليل قوله فلورثته على

يجوز) وهو قول الشافعى والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجارة ولهنا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولها انه يتصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب السلعة مشترى فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فينوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط كيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعى يورث عنه لانه حق لازم ثابت فى البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشية واردة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استغنى المبيع سليما فكذلك الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للمورث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان يورث الخيار قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما انقض انتقض) واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار تغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقتصر الخيار له اقتضاء ثم يجعله هونا ثابعا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما انقض انتقض (ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكل من مانعهما معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية وتصرف الفاسخ فى اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثانى ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بهما التصرف وقيل الاول قول محمد والثانى قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غير معا

مامر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه فى الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من بيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية المالك ع

قوله يعتبرهما أي يعتبر تصرف الموكل والوكيل ويجعل العبد مشتركا بين المشتريين بالنصف ويغير كل واحد من المشتريين أن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وأن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة عليه نهاية قوله غير مفسد الخ لقائل أن يقول هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب أنه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون فاسداً قوله أن يفصل الخ بأن قال بعث منك هذين العبدين كل واحد منهما بمئة مائة على أني بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام وهو ١٢ فاسد بجهالة المبيع لأن من

فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقى الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولاً (قوله أن يعين أي الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعث منك هذين العبدين بالقي على أني بالخيار في هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن لأن من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقى الآخر وحده وثمنه مجهول لأنه ثبت بطريق المحصة بالنقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد أصلاً (قوله ثوبين هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على البعض مجازاً لأن المشتري اشترى أحد الثوبين لا الثوبين على ما يذكره في الكتاب نهاية (قوله لجهالة المبيع لأن المبيع أحد الأثواب وهو غير معين فهو مجهول جهالة مقضبة إلى النزاع لتفاوتها في أنفسها وما كان كذلك فهو مفسد للمبيع (قوله لا يشترط الخ

فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدتين بالقي درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وأن باع كل واحد منهما بمئة مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار الخارج عن العقد العقب مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقب في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقب في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين أما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ووجه الاستحسان أن شرع الخيار للمعاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفى والمعاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتر به لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تنفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردى فيها والجهالة لا تنفض إلى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مقضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقب خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقلاً لشرطاً وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنك وبمدة معلومة أي أنها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة

لأن عدم انفكاك الملتحق عن الملتحق به ليس بشرط في اللاحق قوله أيتهما كانت (ولو هلك) فإن قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند أبي يوسف رح لأنه أخذ بالقياس في قوله أن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما قلنا قوله أن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لأن في كل منهما خياراً بغير حرف التعليق فكان الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً في خيار التعيين ك

(قوله وتعين الآخر الخ حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لابلزم عليه من قيمته شىء لان رده انما يكون اذا لم يكن مبيعا وهو في دعواه ذلك منهم وكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن ١٣ المالک فكان امانة ع (قوله له ان يردهما لانه امين في

احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر وقدر شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده ع (قوله خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه عنده ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فالمبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها ع (قوله خيار العيب يعنى اشترى الرجلان عبدا ورضى احدهما بعيب فيه وكذلك خيار الروية بان اشترى شيئا لم يرياه ثم رأياه فارادا احدهما ان يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك ك (قوله اثبات لكل واحد الخ وفيه نظر لاننا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما الا يرى ان وكل وكيلين يثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان

ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلك جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشروع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو راضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ماثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمنهجه لابي حنيفة وخاصة قال (واذا اشترى الرجلان

عبدا على انهما بالخيار فرضى احدهما فليس للآخر ان يرده) عند ابي حنيفة وقال له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الروية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده احدهما رد معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخير لانه ماضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع بقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد العقد بعينه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات صار كفوات وصف السلامة واذا اخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شىء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

﴿ باب خيار الروية ﴾

قال (ومن اشترى شيئا لم يره فالباع جائز له الخيار اذا رآه ان شاء اخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده) وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله ع من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه

يتصرف دون الآخر ع (قوله ضرر زائد انما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر المراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بسل به لعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطاع من الحاصل من نفسه ع (قوله مرغوب فيه احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار ع

(قوله كجهالة الوصف الخ بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد زرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تنقض الى النزاع ع (قوله وكذا اذا قال الخ تفريع على مسألة القدوري يعني كان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك وامره ع (قوله لا بمقتضى الحديث بخلاف الخيار فانه ثابت وبمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقل باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق ١٤ * بالروية لا يوجد بدنه فكذا

ملزومه لان ما هو شرط الملزوم ع (قوله فلا يعتبر الخ لان الرضا استعسان الشئ واستعسان الشئ مالم يعلم ما يحسنه غير منصور الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشئ واستقباح مالم يعلم ما يقبحه غير منصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبارها بدأ له من انتفاء احتياجه الى المبيع اوضياع ثمنه او استغلائه فلا يستلزم الاستقباح ع (قوله زوالاى في جانب البائع وثبوتاى في جانب المشتري حتى لا يزول ملك البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه ك (قوله فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فاما ان يثبت بما رويناه او بدلالته او بعد ثبت آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرد حديث

ولان الجهالة بعدم الروية لا تنقض الى المنازعة لانه لو لم يوافق يردده فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه (وكذا اذا قال رضيت ثم رآه ان يردده) لان الخيار معلق بالروية لما رويناه فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الروية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان ابو حنيفة يقول اولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا ع والاثبوت ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالروية فلم يكن البائع را ضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما رويناه فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقبل طلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشترت مالم اره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعت مالم اره فحكما بينهما ما جبر بن مطعم ففقد الخيار لطلحة وكان ذلك بمحض من الصحابة ثم خيار الروية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطله خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الروية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالمبيع المطلق والرهن الاجارة يبطله قبل الروية وبعدها لانه لما لم تنعثر الفسخ فيبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالمبيع بشرط الخيار والمساومة والهبه من غير تسليم لا يبطله قبل الروية لانه لا يراد على صريح الرضا ويبطله بعد الروية لوجود دلالة الرضا قال (ومن نظراى وجه الصيرة الى ظاهر الثوب مطويا الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل في هذا ان روية جميع المبيع غير مشروط لتعثره فيكتفى بروية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت احادها كالاكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج فيكتفى بروية واحد منها الا اذا كان الباقي ارد عمار آى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احادها كالغياض والدواب لا بد من روية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره السكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الخنطة والشعير

آخر في البيع وهو ليس في معنى الشراء ليثبت فيه الحكم دلالة ك (قوله غير (لكونها) موقت الخ قيل خيار الرواية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرواية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال البيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه يثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ع (قوله كالاتفاق بان اعتق عبده الذي اشتراه ولم يره والتدبير بان دبره قبل رويته ع

(قوله فلا بد الخ وفي المحيط والتخيرة وبعض مشايخنا قالوا في الدور يعتبر روية ما هو المقصود حتى انه اذا كان في الدار بيتان شتويان بيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط روية الكل كما يشترط روية صحن الدار ولا يشترط روية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو فيه مقصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا روية الكل وهو الاظهر والاشبه كـ (قوله للمنفات في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها ع) قوله ونظر الوكيل صورة الخ التوكيل ١٥٠ ان يقول المشتري لغيره كن وكيفا عنى في قبض المبيع

او وكلت بك بذلك ع (قوله) قال رض الخ لما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك في المصلحة بقوله معناه الخ ع (قوله) وصار هذا الخيار يعيب اى كمن اشترى شيئا ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيبا رأيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل والشرط اى وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه رأيا لم يسقط خيار الوكيل والاسقاط قصدا صورته ان الوكيل بالقبض اذا قبضه مستورا ثم رآه واسقط عنه الخيار قصدا لاسقاط الخيار عن الموكل ع (قوله) وله ان القبض نوعان تام بحيث لا يرد عليه النقص وهو ان يقبضه وهو يراه وهو ان يقبضه وهو لا يراه لادلائه على الرضاء ونقص بحيث يرد عليه النقص وهو ان يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضاء وهذا لان تمام القبض بنتمام الصفقة وخيار الروية يمنع تمام

لكونها مقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كافى لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمى وهو الكفل في الدواب فيعتبر روية المقصود ولا يعتبر روية غيره وشرط بعضهم روية القوائم والاول هو المردى وعن ابي يوسف روى وفي شاة اللحم لابد من المجلس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة الغنمية لابد من روية الضرع وفيما يطعم لابد من التدقيق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال (وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعندئذ لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على رفاق عادتكم في الابنية فان دورهم لم تكن متفارقة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للنفقات والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرد له الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة وقالهما سواهما وله ان يرد له) قال معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه تركل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك الم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه ونقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بنتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الروية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومضى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لا تطلق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالنقص منه ولا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعد فكذا الا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعلى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قرناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالمجلس

الصفقة لان تمامها يكون بنتمام الرضاء ولا يتم مع خيار الروية كـ (قوله) واذا قبضه الخ جواب عما يقال لا نم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص محالة فاجاب بقوله واذا الخ ع (قوله) فلا يملك الخ لانه لم يفوض الى الوكيل الا بطل قصدا وانما يثبت له الابطال مقتضى لتتميم القبض وههنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به فليس بعد ذلك ابطال الخيار ع

قوله سقط خياره وقال الفقيه قاله بعضهم يوقف في مكان لو كان بصير الراه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن
الاقاويل وبه نأخذ (قوله يوكل وكيل الخ ولو وصف فقيل رضيت ثم أبصر فلا خيار له لان العقد
قد تم وسقط الخيار فلا يعود (قوله كيلا يكون تفريقا للخ والتفريق الصفقة مرام لما جاء في الحديث ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن تفريق الصفقة فان قيل ينبغي ان يكون في هذه الصورة ولا يترد احد الثوبين
الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله ١٦ الخيار اذا رآه قلنا العلم
بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة
اولى من حديث خيار الروية
لوجوه احدهما ان موجب
قوله نهى عن تفريق
الصفقة محكم في افادة
التحريم عن موجه ثابت
في جميع الصور وموجب
قوله عليه السلام من
اشترى شيئا لم يره غير
ثابت في جميع الصور
الا يرى انه لا يملك الرد
اذا تعيب او اعتق احد
العبدان او يره فكان
النهي عن تفريق الصفقة
راجعا اولان قوله نهى
محرم والمحرر راجع على
المبيع اولان قوله نهى
عن تفريق الصفقة متأخر
عن المبيع والايلازم تكرار
النسخ لما عرفك (قوله
ويعده يريد به اذا قبضه
مستورا اما اذا قبضه
وهو يراه يبطل خياره
وتتم الصفقة كـ (قوله
وقد ذكرناه الخ من ان
خيار الشرط لا يقبل
الانتقال لانه مشية وهو
عرض لا ينتقل والارث

وبشبهه اذا كان يعرف بالشئ وبذوقه اذا كان يعرف بالتذوق) كما في البصير
(ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقام مقام الروية كما في السلم
وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قدر رضيت سقط خياره
لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة
في حق الاغرس في الصلوة وجراء الموصى مقام الخلف في حق من لا شعر له
في الحج وقال الحسن يوكل وكيل لا يقبضه وهو يراه وهذا شبه بقول ابي حنيفة
لان روية الوكيل روية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى احد الثوبين
فاشترى احدهما ثم رأى الآخر جازله ان يردهما) لان روية احدهما لا تكون روية
الآخر للثبوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يردده وحال بل يرددهما كيلا
يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل
القبض وبعبارة اخرى لا يمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء يكون فسحا من الاصل
(ومن مات وله خيار الروية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد
ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفقة
التي رآه فلا خيار له) لا العلم باوصافه حاصل له بالروية السابقة وبفواته يثبت
الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرثية لعدم الرضا به (وان جعل متغيرا فله الخيار) لان
تلك الروية لم تقم معلومة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول
البائع لان التغير حادث بسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا
لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الروية لانها امر حادث
والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع
منه ثوبا او وجهه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه
تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقى تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الروية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار
العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم
قبله فيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب فسح فهو على خيار الروية
كذا ذكره شمس الاثمة السرخسي وعن ابي يوسف انه
لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القسودرى

فيما ينتقل فكنا اخيار الروية (قوله الا اذا كان الخ وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى ان
يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرثية من قبل ولم يتغير كان العلم بها
حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن اشترط الرضا وحيث لا يعلم انه مرثية لم يرض به
فكان له الخيار (قوله وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منهما بخيار الشرط اذا اشترى عدل
زطى بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا او وجهه ع

(قوله باب خيار العيب لانه يمنع اللزوم و اضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه) قوله لا يقابلها الخ لان الثمن عين فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عرض غير متقوم فاني يقابلها عين متقوم ولان الثمن لا يخلو اما ان يقابل بالوصف والاصل وفيه تسوية بين الاصل والتبع او بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الاصل او بالاصل دون الوصف وهو المرامك (قوله في مجرد العقد احتراز به عما اذا صارت مقصودا بالتناول حقيقة كالوقوع البائع يد المبيع ١٧) قبل القبض فانه يسقط به نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول

او حكما بان يمنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري ولحق الشرع بالجنسية ك (قوله ودفع الضرر الخ جواب عما يقال ان المشتري ايضا يتضرر حيث ياخذ المبيع المعيوب س (قوله بدون تضرره فان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم فالبائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما واعتداه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما راى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ع (قوله والبول الخ في الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك فهو عيب مادام صغيرا وكذا الاباق ك (قوله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعنف فواته بتخير كذا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به (وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان) لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزداله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاه قال (وكما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالمية وذلك بان تناقص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب مالم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغير لمب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لحب في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا ابقى فلا يتحقق عيبا قال (والجنون في الصغر عيب ابدى) ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه اذى في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال (والبخر والدف عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عاده على ما قالوا لان اتباعه يخل بالخدمة قال (والكفر عيب)

(الجلد الثاني الهداية مع الكفاية ٢)

عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان يأمن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء والعيب في السرقة لا يختلف بين ان تكون من المولى او من غيره الا في المالكات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لاجل الاكل بل للبائع عيب من المولى وغيره ك (قوله حتى يعاوده اي يعاود ذلك العيب بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري

(قوله لانه زوال العيب وزوال الشئ لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشترى على انه كافر للبراءة من عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة ع (قوله ويعرف ذلك الخ لانه لا يعرفها غيرها زيلعي (قوله هو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقطع (قوله فتعين الرجوع بالنقصان لان الجزء الفائت صار مستحقا للمشتري بالعقد وقد تعذر

١٨

فيه، لان طبع المسلم يتنفر عن صحبته ولا به يمنعه صرفه في بعض التكفارات فتختل الرغبة فلا اشتراء على انه كافر فوجب له ما لا يبرده لانه زوال العيب وعند الشافعي يبرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب قال (فلو كانت الجارية بالعة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب) ارتفاع النكاح واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة ره ويعرف ذلك بقول الامة فتد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعد هو الصحيح قال (واذا حدث

عند المشتري عيب وطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لان في الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضى بالضرر قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا قبلته كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضى به فان باعه المشتري لم يرجع بشئ لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالمبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه او امر او لت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع للحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالمبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالنسليم اليه قال (ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنه ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكى لا بفعله واما الاعتاق فالتقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انتهاء الملك لان الادمى ما خلف في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى

تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الفائت وصف فلا يقابل شئ من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصته من الثمن فان قيل ان اشترى بغيره فنجره فلما شق بطنه وجد ابعاءه فاستد له لا يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة وههنا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق بينهما ان النحر افساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للثمن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع ك (قوله لانه رضى بالضرر فيتخير المشتري ح انشاء رده وانشاء رضى به وليس له ان يرجع بالنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك وهو انتفاعه من اخذه زيلعي (قوله لحقه بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه لان الامتناع لحق الشرع زيلعي (قوله لان الرد غير ممتنع لانه جازان بقول البائع كنت قبله كذلك

الاعتاق

فلم يكن الرد ممتنعا برضاء البائع ع (قوله او صبغه او امر اما الوصبغه اسود فكذلك الجواب عندي يوسف رح لان السواد زيادة كالحمرة وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان كالقطع نهايه (قوله لان الزيادة ليست بمبيعة لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد

(قوله بمنزلة لانهما لا يزيلان الملك ولكن المجل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تغدر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة وحكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عند المشتري كـ) (قوله لانه انهاء للملك لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاية عـ) (قوله لا يوجد الامضون والقوله عليه الصلوة والسلام ليس في الاسلام دم مفرح اى مبطل

١٩

عـ) (قوله لانه لا يوجب الخ اى ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نقوده فيه ومن احد الشرطيين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان عـ) (قوله عندهما يرجع وفي الخلاصة والفنوى على قولهما نهاية) (قوله بفعل مضمون لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار الملك استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له عـ) (قوله فكندا الجواب اى لا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقى لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض فصار كبيع البعض اى اذا باع بعضه ثم وجده عيبا لا يرجع بالنقصان لاقى المزال ولا في الباقي عندنا لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه كـ) (قوله فان لم ينتفع به اى لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف قال الامام الحلواني هذا اذا داقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئاً منه بعد ما داقه لا يرجع عليه

الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متغدر والتدبير والاستيلاء بمنزلة لان تغدر النقل مع بقاء المجل بالامر الحكيم وان اعتقه على مال لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشئ عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان قتل المولى عبدا لا يتعلق به حكم دنياوى فصار كالموت حتى انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لامحالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا اما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعندنا لا يرجع استعسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تغدر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقول لا معتبر بكونه مقصود الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكندا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقى لانه لا يضره انتبعض قال (ومن اشترى بيضا او بطيخا او قفارا او جورا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثلثين كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليتها باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد لان الكسر عيب حادث ولكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرد لان الكسر يتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاقى ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استعسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحرو عبيد قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضى باقرار او بينة

بشيء وما لا ينتفع به اصلا كالقرع اذا وجده مر او البينة اذا كانت ندرة كـ) (قوله ولا يعتبر الخ جواب سؤال وهو ان التعليل يصح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصة المصادقة المجل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا عـ

(قوله لانه فسخ فان قلت ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل قلنا ان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لافيما مضى كـ (قوله غاية الامر الخ هذا جواب سؤال بان يقال اما انكر البائع الثاني العيب فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذ ذاك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارفعت المناقضة لما كتبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد كـ ٢٥) (قوله وهذا بخلاف الوكيل الخ متعلق

بمحذوف تقديره والبيع الاول قائم بنفسه فلم يفسخ بانفساخ الثاني بخلاف الوكيل الخ نهايه (قوله لا يفسخ الاول ولهذا لا يكون الرد على المشتري الاول ردا على بائعه ع (قوله ليس له الخ لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاض لانه ولاية عامة زيلعي (قوله سواء وذلك لانه لا يتمكن منه الرد فيما لا يحدث مثله مع التيقن بوجوده عند البائع الاول فكان اولى ان لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال انه حدث عند المشتري ع (قوله وفي بعض روايات الخ والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء يعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه ع (قوله لانه انكر الخ فان

(او بابا بهمين له ان يرده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكفيا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان ففسخ الثاني لا يفسخ الاول (وان قبل بغير قضاء القاض ليس له ان يرده) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رده عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عبدا لم يجبر على دفع الثمن حتى يعلق البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعيين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن او لا يتعين حقه بازاء تعيين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعلم يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء (فان قال المشتري شهدي بالشام استعلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضرر بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال يعلق البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابقى عنده) والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة (فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابقى عنده قط) كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى او بالله ما ابقى عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني بؤم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين عند قيامه وقت

قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسنا واليمين اليه لاقامة البينة (التسليم بالحديث والجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن اولاد ان كان في الصورة منكر ع (قوله حيث انكر الخ لان حق المشتري في المسلم لافي المعيب ووجوب دفع الثمن اولا انما هو ليتعين حق البائع بازاء تعيين المبيع فحيث انكر تعيين حقه في البيع فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول ع

(قوله ولا يصير الخ ولا نسلم ان كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل تقسم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضاها سابقة الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ﴿ ٢١ ﴾ فمشروعة لاثبات كونه خصما (قوله لا يوجب الخ فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق

البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق في يد البائع في الصغير ومثل هذا الاباق غير موجب للرد فيمتنع التراجع عن الحلف عندا عن اليمين الكاذبة فيقتضى عليه برد العيب بسبب تكوله مع انه ليس للمشتري ولاية الرد فيتنصر ن (قوله وقد ذكرناه اشارة الى (قوله قبيل باب خيار العيب ان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لانتم قبله ك (قوله له شبه الخ من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (قوله لما تعلق الخ فكذا ههنا لما تعلق تمام الصفة بالقبض وجب ان يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتبارا لجانب المبيع بجانب الثمن ن (قوله يرده خاصة قبل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبد ين

التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عند اراد تحليف البائع بالله ما نعلم انه ابق عند حلفي على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا انكل عن اليمين عند ما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قد مناه قال رضى الله عنه اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق من مبلغ مبلغ الرجل لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ (قال ومن اشترى جارية وتقا بضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعثك هذه واخرى معها وقال المشتري بعثنيها واحدا فالتقول قول المشتري) لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقباض كما في الغصب وكذا اذا انتفع على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال (ومن اشترى عبد بين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يردعهما) لان الصفة تتم بقبضهما فيكون تغريقها قبل التمام وقد ذكرناه هذا الان القبض له شبه بالعقد فالتغريق فيه كالتمزيق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رده انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كعيب المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد باحد عيبا يرده خاصة) خلافا لفر هو يقول فيه تغريق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تغريق الصفة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال (ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله) ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو السكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء

زما اذا لم يكن كز وجب الحلف ومصرعى الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى قال مشايخنا اذا اشترى الوجي ثور فقبضهما فوجد باحد عيبا وقد السى احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد لمعيب خاصة ك (قوله انه تغريق الخ وتضرر البائع انما يلزم من تدليه فلا يلزم المشتري لا يقال قوكان كذلك لزم التمكين من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق بل التمام وانه لا يجوز ع

(قوله حتى يرد الخ وكان الفقيه ابو جعفر يعني به ويزعم انه رواية عن اصحابنا رحمة الله وقالوا لافرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او عية ليس له ان يرد البعض بالعيب واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وبه كان يقول شمس الاذنة العرخصي ك) (قوله لا يضره التبعض وهذا هو الجواب عن ان يقال اذا كان المسكيل والموزون كشي واحد يجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق بعضه كما في الثوب الواحد والعبد الواحد نهائه (قوله وان ركبها ليردها الخ وان ﴿ ٢٢ ﴾ اختلغا فقال البائع ركبتهما

واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة عبد بن حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لانه يضره التبعض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقل لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام (وان كان ثوبا فله الخيار) لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت المبيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المسكيل والموزون (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا قد اراها وكانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء) لان ذلك دليل قصده الاستبابة بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختيار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا (وان ركبها ليردها على بائعها وليس قسيما او ليشترى لها علقا فليس برضاء) اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بد امنه اما لصعوبتها ولعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بد امنه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابى حنيفة وقال يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق) وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والمحصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لان الموجود في يد البائع سبب القطع والقول وانه لا ينافي المالية فنقد العلف فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حامل افمات في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حامل الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب بغض الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرديجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع تم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرد به بدون رضاء البائع للعب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فثلثة الارباع لان اليمن الاذى نصفه وقد تلفت بالجنابتين وفي احدهما

(الرجوع)

الموجود عند البائع اوجب استحقاق الفعل واستحقاقه اوجب وجوده ووجوبه اوجب فوته فصار ذلك مضافا اليه به هذه الوسائط ك (قوله كما اذا قتل الخ يعني اذا غصب عبد فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقتض منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب ع

لحاجتك وقال المشتري لا يبل لردها عليك فالقول للمشتري ن (قوله فلانه سبب الرد فيكون مفضيا اليه ومقرر له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف ك (قوله والمحصل انه اي استحقاق القطع او كونه مباح السهم بمنزلة الاستحقاق عنده فاذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك ههنا وبمنزلة العيب عندهما فاذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بان يقوم عبدا قد وجب عليه القطع وعبد السهم يجب عليه القطع فيرجع بازاء النقصان من الثمن عيني (قوله لكنه متعيب لان الذي حلت يده اودمه لا يشترى كالمسلم ن (قوله عند تعذر رده اما تعذر الرد في القتل ظاهرا واما في القطع فلانه وجد في يد المشتري وهو حادث فلا يرد به الا ان يرضى البائع ك (قوله

مضافا الخ وهذا لان السبب

(قوله في الصحيح وفي الرواية الاخرى لا يرجع لان حل الدم بالاستحقاق من وجهه وكالعيب من وجهه لا يمنع صحة البيع فليشبه بالاستحقاق يرجع عند الجهل ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم لانه انما جعل الاستحقاق لرفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم نهايه (قوله لان العلم بالاستحقاق الخ قيل فيه نظرا لانسائه ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لانسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن لكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته ﴿ ٢٣ ﴾ لاهقيقة لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما

الرجوع فينصف ولو تدا ولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم على بعض عند كفاي الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على منعهما لان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له

ان يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على منعه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تقضى الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود الحادث قبل القبض في قول ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولا يي يوسف ان العرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب بيع الفاسد

(واذا كان احد العوضين اكلها محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك للحر) قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه انشاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لان عدم ركن البيع هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعبد الا عند احد والبيع بالحر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو ملك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر بقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حال امن المقبوض على سرق الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كافي بيع ام الولد والمدير على ما نبينه انشاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد

بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان قوله وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجع جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراه ع (قوله ولنا الخ يعني لنا ان البراءة اسقاط لتمليك لانه لا يصح تملك العين بهذا اللفظ ويصح البراءة باسقاط عنك ديني والجهالة الخ ع (قوله الموجود والحادث الخ فان قيل لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث يفسد بالاجماع والذى يفسد تنصيصه كفي يدخل في مطلق البراءة قيل في النسخة اذا باع كذلك يصح عند ابي يوسف رجح خلافا لمحمد رجح وفي المبسوط لارواية عن ابي يوسف رجح وقيل ذلك صحيح

عنده واثن سلمنا فظاهر لفظه يتناول الموجود ثم يدخل ما يحدث قبل القبض تبعاً وقد يدخل تبعاً ما لا يجوز ان يكون مقصودا نهايه (قوله تتناول الثابت اى حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم ما يحدث ام لا و اى مقدار يحدث ع (قوله البيع الخ البيع محلى باللام فكان تناولا بجميع البياعات من المسلم والكافر وبيع المنخنة والموقودة جائز عند اهل الكفر وان كانت ميتة فانها عندهم بمنزلة النبيجة عندها ولما باطله عند جعلها ثمنا لا يبطل بجعلها بيعا اولى ن

(قوله كالدراهم والدنانير الخ فسر الدين بهما لانهما اثمان ابدا لانهما خلقتا في الاصل ثمن الاشياء وقيمتها قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة فسر الثمن بالدراهم كـ) قوله وانما المقصود الخمر وفي جمل كذلك خلافا للمأمر به فسقط التقوم اصلا لئلا يفضى الى خلاف المأمور به وح يكون البيع باطلا (قوله فسقط التقوم اصلا اي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان الثمن ثبت في النسيئة بالعقد وثبوته بالنسيئة انما يكون حكما لتملك مقابله تملك مال آخر ٢٤٤) فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في النسيئة فلا يثبت فيه الملك لاستهالة

هذا انشاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحرباطل لانها ليست اموالا فلا تكون محل للبيع وامما بيع الخمر والخنزير ان كان قبول بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قبول بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل النسيئة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانتها وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد قصود اعزازه وهذا لانه منى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في النسيئة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لافي حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال (وبيع ام الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدكها وسبب الحرية انعقد في حق المدير في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع فقيه رايان والاطهر الجواز والمراد المدير المطلق دون المقيّد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق قال (وان ماتت

ام الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقال عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدير وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا للمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصارا (المشتري لا يدخل في حكم عتق) بانفراده انما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير

باطل لانه يستلزم افعال لفظية المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى فكذا في الثاني لان ما بعد الموت (مقدور) حالة بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بان عقاد التدبير سببا في الحال وتأخير الحكم الى ما بعد الموت ع (قوله لازمه في حق المولى لان المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه ع

(قوله الا اذا الخ استثناء منقطع فان المستثنى منه الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه ع
(قوله لعدم الملك اى لم يملكها صاحب الارض بمجرد الاجتماع في ملكه الا ترى انه لو باض الطير فيها او فرخت
لم يملكه لعدم الاحراز فهنا اولى نهايه (قوله ولا يبيع الخ الحمل ما في البطن والنتاج ما حمل هذا الحمل وهو المراد من
حمل الحبله في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل ذلك بالنهى ك (قوله ولا النتاج هو في الاصل
مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن ٢٥ * اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبله فهى حبل

مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يوحن من غير حبله جاز
الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المداخل لعدم الملك قال (ولا يبيع
الطير في الهواء) لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يد لانه غير مقدور
التسليم (ولا يبيع الحمل ولا النتاج) لنهى النبي عن بيع الحمل وحمل الحبله ولان فيه
غرر قال (ولا اللبن في الضرع للغرر) فعساه انتفاخ لانه ينزع في كيفية الحلب
وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لانه من اوصاف
الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط بالمبيع لغيره بخلاف القوائم لانها تزيده من
اعلى وبخلاف الفصيل لانه يمكن قلعها والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في
موضع القطع وقد صرح انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في
ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه
فيما يروى عنه قال (وجنع في السقف وذراع من ثوب ذكر القطع اولم يذكراه)
لانه لا يمكن تسليم الابضر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه
لا ضرر في تبغيضه ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع
النراع اقلع الجنع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزال المفسد بخلاف
ما اذا باع النوى في التمر او اللبن في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما
واخرج المبيع لان في وجوهما احتمالا اما الجنع فعين موجود قال (وضربة
القائص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه
غرر اقال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجنوذ مثل كيله خرصا)
لانه عم نهى عن المزابنة والمعاقلة فالمرابنة ما ذكرنا والمعاقلة بيع الحنطة في سنبلها
بعنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الحرص
كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي
يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عم نهى المزابنة ورخص في العربية وهو ان
يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العربية العطية لغة وتأويله ان يبيع
المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجنوذ وهو بيع مجاز لانه لم يملكه
فيكون برا مبتدع قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمنابنة)
وهذه ببوع كانت في الجاهلية وهو ان يترأض الرجلان على سلعة

جميع الروايات عيني ك (قوله حيث جوز بيعه لانه مال متقوم متفع به مقدور التسليم بخلاف اطراف الحيوان لانه
لا ينتفع بها الا بعد الذبح فصار مالية متعلقة بفعل شرعى فلم يوجد قبله زيلعى (قوله نهى عن بيع الخ قلت روى
مسنداً ومرسلاروى الطبراني في معجمه عن ابن عباس قال نهى رسول صلى الله عليه وسلم ان يباع ثمرة حتى
تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع انتهى وروى ابن ابى شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن انتهى ت (٤)

(قوله) يتساومان سأم البائع السلعة اى عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استأجر
 (قوله) فاذا المسها الخ اى ان اجب المشتري الزام البيع لمسها بيده او وضع الحجر فيكون مشترياً لم
 رضى مالكها او لم يرض وان اجب مالكها الزام البيع يثبتها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك
 (قوله) تعليقاى للمليك بالخطر والمليكات لاتعتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع
 للمشتري اى ثوب القيت عليه الحجر فقد

﴿ ٢٦ ﴾

بعقه واى ثوب لمسته بيده
 فقد بعته واى ثوب نبذته
 الى فقد اشترى بندق (قوله)
 ولا اجارتها وام يذكر انها
 فاسدة او باطلة وذكر
 فى الشرب فاسدة حتى يملك
 الاجر بالقبض ن (قوله)
 فلانها عقد الخ فعدم جواز
 الاجارة لمعنيين وقوعها فى
 غير مملوك واستهلاك العين
 ن (قوله) على استهلاك
 عين مباح الخ والمستحق
 اجارة المنافع دون الاعيان
 الا اذا كانت الاعيان آلة
 لاقامته العمل المستحق
 بالاجارة كالصبغ فى استيجار
 الصباغ والبن فى استيجار
 الظفر حيث يجوز لسكونه
 آلة للظناب والظوؤورة
 (قوله) لابعينه احترام عن
 المهر والمجش فانهما وان
 كان لا ينتفع بهما فى الحال
 ولكن ينتفع بهما فى المال
 باعيانهم فيجوز البيع ك
 (قوله) كذا ذكره
 الكرخى وذكر فى
 موضع آخر ان هذا قول
 القدورى وقال الكرخى انما
 يدخل الشئ تبعا اذا كان
 من حقوقه كالشرب وهذا

اى يتساومان فاذا المسها المشتري او ثبتها اليه البائع او وضع المشتري
 عليها حصاة ازم البيع والاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء
 الحجر وقد نهى النسي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا
 بالخطر قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار
 فى ان يأخذ ايهما شاء جاز لبيع استحسننا وقد ذكرناه بغيره وعه قال (ولا يجوز
 بيع المرامى ولا اجارتها) المراد الكلاء اما البيع فلانه ورد على المالك
 لاشترك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين
 مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز
 فهذا اولى قال (ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابى يوسف وقال محمد
 يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعى) لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز
 بيعه وان كان لا يוכל كالبعول والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناجير
 والانتفاع بما يخرج منه لابعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع
 كورة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاله كذا ذكره الكرخى ولا يجوز بيع
 دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه
 القز تبعاله وعند محمد يجوز كيف ما كان لسكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند
 ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما
 فى دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور
 التسليم ولا يجوز بيع الآبق لانه النسي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على
 تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو ان
 يكون آبقا فى حق المتعاقدين وهذا غير آبق فى حق المشتري انتفى ولانه
 اذا عند المشتري العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا فى حق المشتري
 بمجرد العقد اذا كان فى يده وكان اشهد عند اخيه لانه امانة عند قبض الامانة لا
 ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد بجيب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو
 قال هو عند فلان فبيعه من قبضه لا يجوز لانه آبق فى حق المتعاقدين ولانه لا يقدر
 على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا
 لانعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم
 يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم
 كما اذا آبق بعد البيع هكذا يروى عن محمد قال (ولا يجوز بيع لبن امرأة

ليس من حقوقه ن (قوله) يجوز كيف كان وعليه الفتوى اعتبار العادة فى دود القزمر ابو حنيفة
 على اصله المذكور فى بيع النحل وكذا محمد مرعى اصله فقال بالجواز فيهما واما ابو يوسف ففرق فى
 بيع النحل مع ابي حنيفة وفى بيع دود القز مع محمد فقال ما ظهر من القز ينتفع به فى المستقبل وكان بمنزلة
 المهر بخلاف النحل ك

(قوله في قدح انما قال في قدح لانه لو لم يذكر القدح لنفهم انه يجوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في المئدى كاهو الحكم في البان سائر الحيوانات انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح او في غيره من الاناء يجوز كـ) (قوله طاهر ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احتراز عن الخمر وعما لا يتقدم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الخنطة لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعها لغوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف النجوم في حبات ٢٧) الخنطون (قوله اهانة له فان قلت لم جعل البيع في لبن الادمى

في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الادمى وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتدال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف ربه انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حمل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يخلص به حمل ينتفع فيه القوت التي هي ضده وهو الحى ولا حيوة في اللبن قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للغرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه وبوجده باح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارة ولا يبي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وماله الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به) لان الادمى مكرم لا يمتثل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا وميتلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرغب فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن قال (ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبرغ على ما مر في كتاب الصلوة (ولا لباس ببيعها والاتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة (ولا لباس ببيع عظام الميتة وعصياها وصرورها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحملها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والقيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفلى لرجل وعلوه لاخر فسقط او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان حق التعلل ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل بالبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الرواية ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه معظم الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسطن الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين

دليل الاهانة وههنا دليل الاعزاز قلت الاعزاز والاهانة يتفاوتان بتفاوت حمليهما كالاحراق اهانة في الادمى اعزاز في الحطب ن (قوله فلا ضرورة) قال الفقيه أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء للضرورة ولا بأس لهم ان يصلوا معه وان كان اكثر من قدر الدرهم ن (قوله ولا الانتفاع الخ) روى عن محمد انه يجوز الانتفاع بشعر الادمى استدلالا بما روى أن النبي عليه السلام حين خلق رأسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لم يفعل فانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضى الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل كـ (قوله في

قرون الخ أى في اصول الشعر للتكثير وفي النوايب للتطوير كـ) (قوله لانه غير منتفع به فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ومثله يجوز كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم يزل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب عـ) (قوله بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفع به شرعا اعتبارا بسائر السباع كـ) (قوله حتى يباع الخ قالوا هذا اذا لم يكن على عظم الغنم واشباهه دسومة واذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه ن

(قوله) واما المسيل اى رقة
ارض ملوكة جاز ببيعها ذكر
لم يبين الطول والعرض فلا
يعنيين احدهما انه متعلق با
مختلف لقة الماء وكثرته كـ
تلقى الى الفرق بينه
وبين حق التعلّى بين
الفرق بينهما بقوله
ووجه الفرق السخ ع
(قوله) يتعلّق الخ ظهر
من هذا ان محل البيع اما
الاعيان التى هى الاموال
او حق يتعلّق بها وفيه
نظر لان السكنى من
الدار مثلاً حق يتعلّق
ببعين يبقى وهو مال ولا يجوز
بيعه ع (قوله) على الاصل
النسب الخ اى الاصل النسب
ذكرناه وهو متفق عليه
لكن ذكرنا ذلك المتفق
عليه فى وجه قول محمد
فى مسألة ما اذا تزوجها على
دن من الخل فاذا هو خير
فلا تفاقم على ذلك
الاصل لم يقع الخلاف ههنا
فى مسألة من باع جارية
الخ ع قوله وهو المعتبر الخ
اى المعتبر فى انها جنسان
مختلفان او متعبدان تفاوت
الاعراض وتعارضها
دون اصل المادة واذا
هرف هذا فاذا وقعت
الاشارة الى مبيع ذكر
بتسميته فان كان ذلك

المستثنين ان الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً اما المسيل فمجهول
لانه لا يرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففى بيع حق المرور وايتان
وجه الفرق على احد هما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم
لنقله بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلی
وعلى الارض مجهول لجهالة محله وجه الفرق بين حق المرور وحق التعلی
على احدى الروايتين ان حق التعلی يتعلق بعين لا تبقى هو البناء فاشبهه
المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبهه الاعيان قال (ومن باع
جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما) بخلاف ما اذا باع كبشاً فاذا هو نعجة
حيث يعتقد البيع ويتخير والفرق يمتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح
لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعنا فى مختلفى الجنس يتعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد
لوجوده ويتخير لفوات الوصف كن اشتري عبداً على انه غبار فاذا هو كاتب
وفى مسئلنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى
الحوانات جنس واحد للمتقارب فيها وهو المعتبر فى هذا دون الاصل كالحل
والدبس جنسان والودارى والزندنجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما
قال (ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسبية فقبضها ثم باعها من البائع
بخمسمائة قبل ان ينقب الثمن والا لا يجوز البيع الثانى) وقال الشافعى يجوز لان
الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع
بمثل الثمن الاول او بزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة لتلك المرأة وقبضت
بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة بنس ماشريت واشترت ابلى زيداً بن
ارقم ان الله تعالى ابطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لم
ينتب لان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقى له
فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر
عند المجانسة قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع
قبل ان ينقب الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويبطل
فى الاخرى) لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون

ما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل (في)
بإعدامه فاذا قال بعثك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي الابلغ في
التعريف من الاشارة وان كان ما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده
لان العبرة اذذاك للاشارة لا للتسمية لان مسمى وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار
اليه فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه ع

(قوله) لانه طاراي الفساد طار بوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتمين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون فيه بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتها فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدى الى الاخرى والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشترى بها قبل نقد الثمن بخمسة مائة فتقصا خمسة مائة بمثلها بقي للبائع خمسة مائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب ﴿ ٢٩ ﴾ الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندهما وذلك لاشك

في طروءه (قوله) لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنده وزن الظرف ما يوجد وعسى ان يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه (قوله) ومن اشترى الخ صورة المسئلة رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فباع مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة ارباط وقال البائع الزق غير هذا وزنه خمسة ارباط والسمن خمسة وتسعون رطلا (قوله) فيكون القول قول المشتري لا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزق والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصوده ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيها ثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف الاصل (قوله) جاز الخ ويؤمر بتصدق الثمن ويكره هذا التوكيل اشد الكراهة ويصير الملك

مشتريا لالاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهد فيه ولانه باعتبار شبهة الربوا ولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسرى الى غيرها قال (من اشترى زيتا على ان يزنه بطرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنافى زق فردا الظرف وهو عشرة ارباط) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارباط فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اخلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول الغابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اخلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال (واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا التوكيل المعمر غيره ببيع صين لهما ان الموكل لا يملكه فلا يملكه غيره ولا ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يبي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته ولا يملكه وانقال الملك الى الامر امر حكى فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثه ما ثم ان كان خمر او يخللها وان كان خنزير ايسيه قال (ومن باع عبد اعلى ان يعتقه المشتري او يدبره او يكتبه او امة على ان يستولى بها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقا نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسد كشرط لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده عارية الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا والا الى المنازعة اذا ثبت هذا

للموكل ولو كان النصراني نصرانيا يصح بالاتفاق ولذا اقيد بالمسلم ولو كان المسلم مسلما لا يجوز بالاتفاق ولذا اقيد بالنصراني ولو كان المسلم ذميا بهبة الخمر وتسليمها لا يجوز لان احكام العقد ترجع الى الموكل فصار كالرسول كذا في النهاية (قوله) ان العاقد الخ يعني ان الوكيل انما يملك التصرف لكونه حرا عاقلا بالغ ولذا يستغنى عن الاضافة الى الموكل ويرجع الحقوق اليه والمنازعة الى الموكل لان انتقال حكم التصرف اليه والموكل اهل لانتقال ملك الخمر ارثا وصورة الارث بان اسلم النصراني وله خنازير وخمور ومات قبل تسليم الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم يملكها ك

(قوله) ويقيسه الخ غير مستقيم فيما ذكر في المبسوط من تفسير الشافعي رح بيع العبد نسمة حيث قال من جازى الشافعي رح لان الشراء بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغير هاتين وتفسيره البيع بشرط العتق فلا يصح قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة لانه يلزم حقياس الشيء على نفسه (قوله) نسمة النسمة النفس من نسيم الريح ثم سميت بها النفس ومنها اعتق النسمة والله تعالى باري النسمة وامامنا ولو اوصى بان يباع عبدك نسمة صححت الوصية فالمراد ان يباع ﴿ ٣٥ ﴾ للعتق اى لمن يريد ان يعتق وانتصابها على الحال على

معنى معرضا للعتق وانما يصح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق وخصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء لتضمنه المعاني الافعال كذا في المغرب (قوله) ما ذكرنا من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروطه ابو حنيفة رح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد (قوله) لانه اى لان العتق ينهى الملك فان الملك في بنى آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه يتقرر ويقرر الشيء مصحح له ولهذا لو اشترى عبد افاعته فعلم بعيبه به رجع بنقصانه بخلاف الوباء فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه

الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتغيير لا الالتزام حتما والشرط يقتضى ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرنا وتفسير المبيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعلمه اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقال يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيد لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلقى بوجه آخر ولا يحنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلازم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلازمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلقى من وجه آخر لم يتحقق الملازمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملازمة فمرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبد على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهودى له عديا) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلفى ولانه لو كان الخدعة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة قال (ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيلحق بالديون دون الاعيان قال (ومن المشتري جارية الاحملها فالبيع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والاحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقه وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفاسدة في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكان الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء

تحققت الملازمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فخرج جانب ﴿ حتى ﴾ الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا بين ان يبقى فاسدا كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق (قوله) في المبيع بعين وانما يقيد بالعين احتراز عن المسلم فيه في المسلم فان المسلم فيه مبيع واسكنه ليس بعين فيصح الاجل (قوله) فيلحق بالديون وذلك لان الدين غير حاصل فكان الاجل فيه للترغية لان فائدة شرط الاجل اتساع المدة التي يتمكن المشتري من تحصيل الثمن اما العين فحاصل فلا حاجة الى ذكر الاجل عزايه

(قوله على ما مر وهو قوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن الخ ك) قوله ومن اشترى نعلا الخ اراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشئ باسم ما يؤل اليه هذا النعل بالمثل قطعها به وهذا نعلا عملها شرك النعل من التشريك وضع عليها الشرك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب ك) قوله والبيع الى النير وز الخ النير وز اصله النور وز معرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز ﴿ ٣١ ﴾ حين كان الكفار يتبهجون به وهو يوم في طرف الربيع

والمهرجان يوم في طرف الحريف معرب مهر كان ن (قوله لا بتنائها أى لا بتناء المنازعة على المماكسة والمماكسة موجودة في هذا البيع عادة) قوله الى الحصاد الخ الحصاد بفتح الحاء وكسرهما قطع الزرع والدياس اصله الدياس من الدرس شدة وطى الشئ بالقدم فان الدياس في الطعام ان يوطأ بقوائم الدواب والقطاني بالكسر قطع العنب من الكرم والفتح لغته (قوله لانها أى لان هذه الاوقات تنقسم وتنأخر باختلاف الحر والبرد فليس لها وقت معلوم لانها من افعال العباد فتثبت بحسب ما يريد ولهم مل) قوله لا اختلاف الصعابة فيها أى في هذه الجهالات هل هي مانعة لجواز البيع ام لا فقالت عائشة رضى الله عنها بالجواز فانها كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس لا يجيز ونحن نأخذ بقول ابن عباس ثم قيل الجهالة السيرة هي ما كان الاختلاف في التقدم والتأخر وأما اذا اختلف

حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اغت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمته الان الميراث لا يجري فيها قال (ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخطه قميصا او قباء فالبيع فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال (ومن اشترى نعلا على ان يحرقه البائع او يشركها فالبيع فاسد) قال العبد الضعيف ما ذكره جواب القياس وجهه ما بيننا وفي الاستعسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النير وز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما اركان التأجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه قال (ولا يجوز البيع الى قديم الحاج) وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاني والجزا لانها تنقسم وتتأخر لو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصعابة فيها ولانه معلوم الاصل ألا ترى أنها يعتدل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يعتدلها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متعملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراط في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قديم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقطا الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه

في وجوده كهبوب الربيع كانت فاحشة ن (قوله لانه معلوم أى أن اصل هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وانما المجهول وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الربيع او جئ المطر لا يصح لان اصله غير معلوم في تلك السنة ك) قوله ففي الوصف اولى لان الوصف لا يخالف الاصل ك

(قوله فيهما) أى في الفصاين وهو الجمع بين العبد والمدير والجمع بين عبده وعبده غيره كـ (قوله كالميتة) (فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتمعا فيه كالمدير فان الشافعي رحمه الله قائل بحله قلنا حرمة منصوص عليها ولا ماساغ للاجتهاد في مورد النص وهو قوله ولانما كلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء بقوله ومن جمع بين وقف ومملوك صح في الملك في الاصح كـ (قوله أن الحراج) بيانه ان من جمع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما ﴿٣٢﴾ شرطا للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشتري القبول في أحدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع أصلا لانهما ليسا بمال فيكون جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلا شرطا للعقد على العبد والدكينة وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانسه لا يبطل كـ (قوله صفقة واحدة فان قيل اذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة منفردة فعينئذ لا يكون القبول في الحر شرطا في العبد قلنا اذا لم يكرر الاجاب تكون الصفقة متحدة وان سمى لكل واحد من البيع ثمننا وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطا لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع كـ (قوله في الاصح روى عن أبي

قال) (ومن جمع بين حر وعبد واشاة زكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان سمى الكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والعبد الدكينة (وان جمع بين عبده ومدير أو بين عبده وعبده غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر فسدت فيهما ومتروك التسمية عامد كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدير له الاعتبار بالفصل الاول اذ عملية البيع متفقية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الثمن من جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشرط الفاسد واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبده الغير با جازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدير بقضاء القاضى وكذا في ام الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهو لا عباس حقا فهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا الاشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبيدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يبيع بالحصه ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

(واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) قال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالنراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بان عقاده ولاخفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عند الاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوزه كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد له جاور

حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في النودار بخلافه وذلك غير معتمد عليهما (قوله وكذا ام الولد) (اذ الخ وهذا ابتداء على أن جواز بيع ام الولد مختلف بين الصحابة جوز على كرم الله وجهه بيع ام الولد والباقيون لم يجوزوه ثم اجمع المتأخرون على عدم جواز بيع ام الولد والاجماع المتأخر يكون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد وعندهما لا يكون رافعا فلنا يجوز بيعها بقضاء القاضى عندهما كـ (قوله فكان هذا أى فكان قوله ردوا البيع اشارة الى انعقاد البيع وبقاؤه حتى يحتاجوا الى الرد كـ

(قوله) ولان السبب الخ يعنى ان سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والشئ اذا كان ضعيفا واهيالا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكده كفاى الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لغصور السبب في نفسه لا مانع آخرك (قوله) والمينة ليست بمال الخ جواب عن قياس الشافعى المتنازع فيه على البيع بالمينة تقريره ان المينة ليست بمال وماليس بمال لايجوز فيه البيع لغوات ركنه (قوله) فقد خربنا وهو ما ذكر في اول الباب ان المبيع هو المقصود في البيع ﴿ ٣٣ ﴾ وفي جعل الخمر مبيعا مقصودا اعزازه والشرع امر باهانتها وترك

اعزازه فكان بيع الخمر باطلا (قوله) وكذا القبض الخ يعنى يكتفى بسكوت الواهب وعدم تهيء الموهب له عن القبض عيني (قوله) في مجلس العقد انه متوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليم على القبض ن (قوله) البيع بالمينة الخ ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمناء او مئتمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها ان كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان ع (قوله) والرابع بان قال بعت هذا العبد بالريخ التى تمب من مكان الجانب الشمالى وذلك المكان ملك له (قوله) والبيع مع نفى الثمن اى في رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية العقد لان نفيه لم يصح لانه نفى بمحكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه

اذ هو واجب الرفع بالاسترداد اذ فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان افتترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والمينة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مئتمنا فقد خربناه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهى تصلح ثمناء لا مئتمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو المظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استعسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استعسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالمينة والدم والخمر والريخ والبيع مع نفى الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال

(ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفع الفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط رائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط قال

(فان باعه المشتري نفي بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير

فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاتفاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبائع والهبة انقطاع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن

(المجلد الثاني) (الهداية مع السكافيه) ٣ سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد

البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان عرضه قيمته فكانه باع بقيمته ك (قوله) لانه الخ اى لان المبيع مضمون بنفسه اى بماليته في البيع الفاسد بالقيمة واما البيع الصحيح فالمبيع مضمون فيه بالتسمية وهى الثمن (قوله) فسخته بحضرة صاحبه عندها وعند ابى يوسف بغير حضرته ايضا ن (قوله) ويستويان لان كل واحد من تصرف الشفيع والمشتري هى مشروع غير موصوف بالفساد ٢ (٥)

(قوله لانها تنفسخ الخ ولم يذكر محمد من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان الغاض هو الذي يفسخ والنزول يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضا فعلق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في النخبة والايضاح ك (قوله ولا تنعقد الخ اي لان الاجارة تنعقد على المنافع وهي تحدث شيئا فشاقي وقت رد العقد كان الرد امتناعا من انعقد العقد في حق المنفعة التي تحدث بعده لعدم الضرورة فلا ﴿ ٣٤ ﴾ يكون فيه رفع العقد الذابت عنه

لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تنفسخ بالاعتذار ورفع الفساد عن الرقبة ولا تنعقد شيئا فشاقي يكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع يعاقب به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرماءه بعد وفاته كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تنعقد في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما يدينها قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند ابي حنيفة رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقال ينعقد البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل لهبة المشتري وبيعه فكذا ببناءه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيّب للبائع ما ربح في الثمن) والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلم العقبة هافية يمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء

(قوله حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة ع (قوله كالرهن فانه يصير محبوسا بالدين الا ان الراهن مضمون باقل من قيمته او من الدين وهما المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب ك (قوله كالرهن فانه اذا مات وله ورثة وغرماء المرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين عني (قوله لانها تنعقد الخ هل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين وذكر البرعي في الجامع الدراهم في البيع الفاسد انما تدعى اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تدعى ك (قوله حتى الشفيع اضعف قلنا يحتاج الى الرضاء والقضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث

عليهما انقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض ببناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع اولى ك (قوله لا تتعينان الخ معنى عدم التعيين فيهما انه لو اشار المشتري اليهما بهن الدراهم له ان يتركها او يدفع غيرها كما ان الثمن يجب في ذمة المشتري ن (قوله وهذا اي الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب في الثاني عني

(قوله فيما يكره قيل المكره اذنى درجة من الفاسد لكن هو شعبة من شعبته فلذلك الحق به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبيح اذا كان لامر مجاور كان مكروها وان كان لوصف متصل كان فاسدا ع (قوله عن النجش هو يفتجنين وروى بالسكون هو ان تستام السلعة بازيد من ثمنها ولا تريد شراها بل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في النكاح وغيره ك (قوله وهو ان يزيد الخ والنهى فيما اذا طلب الراغب بمثل ثمنها واما اذا ﴿ ٣٥ ﴾ طلب بدون ثمنها فلا بأس ن (قوله وعن تلقى الجلب جلب الشئ جاء به من بلد الى آخر

للتجارة جلبا والجلب المجلوب ك (قوله وهذا اذا كان الخ صورته المصرى اخبر بمجئ قافلة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراده ع (قوله وعن بيع الحاضر الخ صورته ان الرجل اذا كان له طعام وعلف واهل المصر في قحط منهما وهو لا يبيعهما من اهل المصر حتى ينوسعا ويبيعهما من اهل البادية بثمن غال وهم يتضررون بذلك فهو مكروه ن (قوله فقد قال عليه السلام الخ اخرج البخارى عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد انتهى فاللام بمعنى من كذا في النهاية ويحتمل ان يكون اللام على اصلها والمعنى نهى ان يتولى المصرى عن جاء بمال من خارج المصر ويكون له سمسارا ويبيع هذا المصرى للبادى وهذا ليغالى في القيمة فان البادى المسافر لا يقف على عادات اهل المصر في المعاملات مولانا حافظ

وقد ربح المدعى في الدراهم بطيب له لان الحبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبذل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين (فصل فيما يكره)

قال (ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش) وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لاتناجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عه لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايجاشا واضرا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة واما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهى في النكاح ايضا قال (وعن تلقى الجلب) وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عه لا يبيع الحاضر للبادى وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البلد وطعما في الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس به لانه عدم الضرر قال (والبيع عند اذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترفة في كتاب الصلوة قال (كل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لافي صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال (ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صرح ان النبى عه م باع قدما ومجلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة الى نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا) والاصل فيه قوله عه م من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وذهب النبى صلى الله عليه وآله وسلم لعل غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقال عه م ادرك ادرك ويرى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد

محمد عبد الحليم نور الله مرقده (قوله على بعض الوجوه * ٣) يعنى اذا قعد او وقف اثنان لاجل البيع واما اذا كان بمشيان ويبيعان فلا بأس بذلك ك (قوله وقد ذكرنا الخ وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال ك (قوله والاصل فيه الخ وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد والثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالرد على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاز ينفك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة ع

(قوله بالقرابة الخ فان قيل اليس ان العربي اذا دخل دارنا بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتتر منه لعادبه الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق كـ (قوله ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضى ان يجوز لان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء كما لو كانا كبيرين وكما في غير بنى آدم فان قلت قد ذكر المعنى المعقول وهو قوله ولان

﴿ ٣٦ ﴾

وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد وعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على موردته ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احدا الصغيرين له والاخر لغيره فلا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق فلا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العقد) ومن ابي يوسف ره انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما السكراة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء (وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صرح انه عه م فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عه م من اقال نادما ببيعته اقال الله عثراته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيمكن ان يرفع دعوا لهما جتمهما (فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع منه يقال فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع منه يقال اقلنى عثرتي فيؤخر عليه قضيته واذا تعذر جعل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولا يبيى انه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولا يبيى حنيفة ان اللفظ ينسب عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا

الصغير يستأنس الخ فكيف يصح الدعوى بعد ذلك انه مخالف للقياس قلت لا بد ان يكون ورد النص موافقا للمعنى المعقول الا ان المالم نذكره من حيث الظاهر الذى هو يسمى بدليل القياس سيما بخلاف القياس ن (قوله لما ذكرنا اى من ان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على موردته كـ (قوله فان فرق الخ اطلاق التفريق يدل على انه مكره سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث او الغنائم او الهبة او غير ذلك عـ (قوله كراهة الاستيلاء اى السوم على سوم اخيه وقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه ادرك محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر من باع احدهما منه كـ (قوله ليس في معنى الخ لان كل واحد منهما يقوم بحواجه وربما لا يستأنس احدهما بالآخر بل يتأذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما كـ (قوله ولان العقد حقهما في جميع الاحوال منقولا كان المبيع او غير منقول مقبوضا او غير

مقبوض عيسى (قوله ويرد الخ لان الاقالة رفع العقد الاول فيكون على الوجه الذى انعقد ايضا عـ (قوله فسخ في حق المتعاقدين ولهذا بطـل مانطقابه من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه والوباع الباقي المبيع من المشتري قبل ان يسترد منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لسكونه قبل القبض ع

(قوله بخلاف البيع الخ منعك بقوله لتعذرا لفسخ على الزيادة أي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما إذا باع درهمين فان البيع بفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل كانه باع درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات مالم يكن ثابتا فينتحق الربو ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال كـ (قوله لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على ٣٧) الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة

والانقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع مالم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان في الاقالة على السواء فكذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة كـ (قوله جازت الاقالة جواب الكتاب مطلق عن ان يكون حط الثمن بمقدار حط العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه او لا عـ (قوله فهذا اولى واعترض بان كونه فسحا اذا سكنت عن كل الثمن اما ان يكون على منهية خاصة او على الاتفاق والاول قياس المختلف على المختلف والاول غيرنا هـ لان ابا يوسف انما يجعله فسحا لا امتناع جعله يبيعا لا انتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمناع (قوله يمنع عنها لان شرط صحة العقد قيام العقد لانها رفع العقد فتنقض قيام البيع وقيامه بالمبيع لابل الثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن ولهذا

في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية له ما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر الاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فينتحق الربو اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فعينه جازت الاقالة بالاقل لان المحط يجعل يازاء عافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد جعله بيعا يمكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف لانه هو الاصل عندك وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكنت عن الكل وقال يكون فسحا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو كانت المبيعة ولدا ثم تقايلا فلاقالة باطلة عند هـ لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد وكذا عند أبي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عند هـ لان مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عند هـ قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها) لان رفع البيع يستند على قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن (فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي) لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا والله اعلم بالصواب

باب المراجعة والتولية

قال (المراجعة نقل مملوكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل مملوكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع

اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن كـ (قوله المراجعة الخ البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضعية وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المراجعة والتولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة يخرج الاصل كـ (قوله بالعقد الاول اي بماملوكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضى بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد بمراجعة على القيمة التي اداها الى مالكه كـ

(قوله والاحترار عن الخيانة حتى اذا اشترى الى اجل ليس له أن يبيعه مربعة الابالبيان ك) قوله وعن شبهة
وعن هذا المصحح المربعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات الثمن
انما تعرف بالخزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة في شبهة الخيانة كما تحرم المجازفة في الاموال الربوي
لذلك (قوله من يملك الخ ضرته أن يشتري رجل عبد بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم أن باع العبد بثلث
الثوب آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك ﴿ ٣٨ ﴾ الثوب وببيع درهم أو فقه

حنطة جازك (قوله ويقول
الخ وإذا اشترى الرجل
متاعا ثم رقه باكثر من ثمنه
ثم باعه مربعة على رقه
جاز ولا يقول قام على
بكذا ولا اشتريته فان ذلك
كذب ولكن يقول رقمته
فأنا أبيعه على ذلك ن
(قوله وبخلاف اجرة
التعليم الخ فانه اذا
انفق على عبده في تعليم
عمل من الاعمال دراهم
لم يلحقها برأس المال
وكذلك الشعر
والغناء والعريضة وأجر
تعليم القرآن والحساب
الا اذا كان فيه عرف ظاهر
بالحاقه كان له أن يلحقه لان
زيادة المألية باعتبار
معنى في المتعلم وان كان
لا بد من التعليم الا ان
التعليم آخر الامرين
وجودا وأنه حصل بفعل
مختار فيكون حصول
الزيادة مضافا اليه لا الى
التعليم واجرة السمسار تضم
ان كانت مشروطة في
العقد بالاجماع وان لم تكن
مشروطة بان كانت مرسومة

اكثر المشايخ على انها لا تضم ومنهم من قال تضم والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق ﴿ قدر ﴾
برأس المال قال زفر ولو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالحاقه برأس المال يلحق به ايضا وفي المبسوط وفي
الحاق شئ برأس المال المتعبر العرف الظاهر وما عمل بيده من قصارة او خياطة أو ما شبه ذلك من الاعمال لا يضم
الى رأس المال ك) قوله فان اطاع الخ باقرار البائع او بالبينة وفي المبسوط وينكوله عن اليمين ن (قوله كوصف
السلامة أى كوصف سلامة المبيع فاذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب عيني

(قوله لا تبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الخطع (قوله بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص عنه مقدار العيب ع) قوله منقطع الاحكام عن الاول لان الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة في العقد الثاني ك (قوله بعد ما كان على شرف السقوط بان يجب المشتري بالتوب عيبا فيرده ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الربع وبالشري ثانيا وقع الامن عن البطلان فالمستفاد بالشرع

٣٩

قدر الحيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربع ولا ي حنيقة انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخطع وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت الربع فلا يتغير التصرف فتمكن القول بالتخيير فلو ملك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الغائب فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوبا وباعه بربع ثم اشتراه فان باعه مراجعة طرح عن كل ربيع كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبيعه مراجعة وهذا عند أي حنيقة وقال يبيعه مراجعة على الثمن الاخير) صورتها اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مراجعة بخمسة ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مراجعة اصلا وعندهما يبيعه مراجعة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تغلغل ثالث ولا ي حنيقة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه بناء كدبه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور وعلى عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطا ولهذا لم تجز المراجعة فيما اخذ بالصالح لشبهة المحيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة في طرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تغلغل ثالث لان التأكيده حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لانه في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر علما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار للاول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر

الثاني الثوب وتأكد الربح الاول وللتأكيد شبه بالايجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل المذول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم اكثت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المراجعة يمنع بالشبهة كما يمنع بالحقيقة ك (قوله وعليه دين الخ انما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاة شيئا فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لانه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان مكسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع

ولكن فيه شبهة العدم أيضا فلا يبيعه المولى مراجعة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع انه اجنبي عن كسبه فلان لا يجوز عليه دين محيط بماله دون رقبته أولى فظهر انه انما قيد بقوله وعليه دين الخ ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاولى ك (قوله لجوازه أي لجواز العقد لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكا للمولى فصار كانه باع ملك نفسه من نفسه وكذا في الشراء عين

(قوله من استفادة الخ لان بتسليم رب المال ماله الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه وبالشراء تحصل ن (قوله ففيه شبهة العدم لما قال زفران البيوع تمليك المال بالمال وانه معدوم ههنا (قوله فاعتبر الخ يعني ان المضارب لما كان وكيله عنه وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصار بيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك من رب المال فاما درهم ونصف فحق المضارب ولا شبهة في أصل الثمن فلماذا يبيعه مرابحة على اثنى عشر ونصف ك (قوله لان الاوصاف الخ فان قيل كما ان اعضاء المبيع وصف فكذلك الاجل يقال ثمن مؤجل وثمان حال كما يقال مبيع سليم ومعيب فكيف وجب بيان وصف الاجل فيه على ما يأتي قلنا جوابه أيضا يأتي وهو ان الاجل له قسط من الثمن ن (قوله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للانصاف حصته من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأفة سماوية او بصنع العبادع (قوله فاما اذا الخ راجع الى اول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول أبي يوسف والشافعي (قوله لم يبيعهما الخ أما اذا كان باهر المشتري فانه كفعل المشتري بنفسه وأما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع

١٤٥

فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لفرع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعهها مرابحة ولا يبين) لانه لم يجنس عنده شيء يقابل الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولها لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطى وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي (فاما اذا فاقا عينها بنفسه او فاقها اجنبى فاخذ ارشها لم يبيعهها مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فاراد حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر ينشره وطيحه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه قال (ومن اشترى غلاما بالفي درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان الاجل شبهها بالمبيع الا يرى انه يزداد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمان والاقدم على المرابحة بوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة) لان الاجل لا يقابل شيء من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة) لما ذكرنا وعن أبي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزیوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسأنتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمان مؤجل فيرجع بغض ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه

لان الثمن

المرابحة بدون البيان وعبرة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فاق الاجنبى وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا اطلاق ما ذكره في المبسوط ع

(قوله) وصار كذا غير الخ فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالاجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذلك العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فصح على تقدير الابتداء فاما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يجزئ الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد بخلاف ما اذا باع الى الحصاد واسقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر ولانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد ك(قوله) فصل وجهه ايراد هذا الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجد

ذكرها عقب باب المراجعة
اعتبار تعيدها بقيد رائد
على البيع المجرد عن الاوصاف
كالمرابحة والتولية ع (قوله)
مما ينقل اى نقلا حسيا وهو
المراد بقوله يحوله وفسره به
لثلاثتهم انه احتراز عن
المبرع (قوله) لم يجز له
بيعه قيد بالبيع وام يقل لم
يجز له التصرف ليقع المسئلة
على الاتفاق فان عند محمد
يجوز الهبة والصدقة قبل
القبض وادو يوسف يقول
البيع اسرع نفاذا من الهبة
بدليل ان الشيوع فيما
يجتمل القسمة يمنع تمام
الهبة دون البيع ثم البيع قبل
القبض لا يجوز فالهبة اولى
(قوله) اذا هلك قبل القبض
ينفسخ البيع وعاد الى قديم
ملك البائع فيكون المشتري
بايعا ملك غيره ومتى قبض
يتم البيع فيصير بايعا ملك
نفسه وقبل القبض لا يدري
اتم البيع فيصير بايعا ملك
نفسه ام ينفسخ فيصير بايعا
ملك غيره فلا يصح فتدبر فيه
غرر فكان باطلا بخلاف
البيع الاول لانه لا يتمكن فيه
هذا الغرر لانه متى لم يقبض

لان الثمن حال قال (من) ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام
عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن (فان علمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان
شاء اخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد وصار كذا غير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق
قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما
يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فينتخير كما في خيار الرؤية
(فصل) ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول
لم يجز له بيعه حتى يقضه لانه عم نهى عن بيع مالم يقبض ولان فيه غرر
انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبار بالمنقول
وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك
في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث
معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه
في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكبلا مكبلة او موزنا
موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكبلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا
ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يجتمل ان يز يد على
المشرط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التعذر عنه بخلاف ما اذا
باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب من اربعة اذ الزيادة له اذ
التدرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان
محضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا يكيله بعد البيع
بغيبه المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا
محضرة ولو كاله البائع بعد البيع بمحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به الظاهر الحديث
فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفتين على ما تبين في باب السلم
ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عداه فمكالمه روع فيما يروى عنهما لانه
ليس بمال الربوا او كالموزن فيما يروى عن ابي حنيفة لانه لا تجعل له الزيادة

المشتري وانفسخ البيع بالهلاك او قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بايعا ملكه لملك غيره بخلاف
ما نحن فيه ك(قوله) ولا غرر فيه فيصنع العقد للمقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع
فيه موجود ع (قوله) نادر حتى قال بعض اصحابنا في موضع لا يؤمن عليه ذلك لا يجوز عنده كما
في المنقول وجوابه في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرماد ن

(قوله جائز سواء كان الثمن مما لا يتعين كالنقد او مما يتعين كالملك والموزون حتى لو باع ابلا بدينهم او بكر من الحنطة جائز ان يأخذ بدينه شيئا) (قوله ان يزيد الخ اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثالا وباع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا وحط بعض الثمن جازع) (قوله لانه يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى من الثمن قبل الزيادة فلوزاد في الثمن مع ذلك كانت الزيادة لاجل ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز) (قوله فلا يمكن اخراجه اى اخراج بعضه فلو اخرج بقى) ﴿ ٤٢ ﴾

بعض المبيع بلا عرض وذا لا يجوز ولا يمكن ان يجعل الباقي في مقابلة الكل لانتهاء العقد الجديدك (قوله بغير ان العقد الخ لان البيع شرع خاسرا واربحا وعادلا والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابع عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ع (قوله او شرطاه بعد العقد بان عقدا عقدا ثم شرطاه الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم الى غيره ك (قوله ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع يعنى الزيادة في الثمن وفي الباقي واما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم ك (قوله على ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ع (قوله لانه يعال الخ فان الهالك لا قيمة له فاخراج البذل عما يقابله يلائمه ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع ك (قوله يمكن الخ يعنى لا يمكن اثبات الثمن بمقابلة الهالك ويمكن اسقاطه بمقابلة الهالك لان الحط يلائم الهالك ن (قوله وقد ذكرناه من قبل اى في آخر باب البيع الفاسد وهو ان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الحصاد والدياس بخلاف الجهالة في البيع الى اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة ك

على المشر وطقال (وانتصر في الثمن قبل القبض جائز) لقيام المطلق هو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار يراهمبتدا ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا وخاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فالولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلحق باصل العقد لان وصف الشئ يقوم به لاني نفسه بخلاف حط الكل لانه تبدل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقى في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدين الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البذل عما يقابله فيلحق باصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراهه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الربيع لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا) لماذا ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ومعوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذا اجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا

(قوله يمكن الخ يعنى لا يمكن اثبات الثمن بمقابلة الهالك ويمكن اسقاطه بمقابلة الهالك لان الحط يلائم الهالك ن (قوله وقد ذكرناه من قبل اى في آخر باب البيع الفاسد وهو ان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الحصاد والدياس بخلاف الجهالة في البيع الى اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة ك

(قوله بمنزلة الوصية حيث تلزم والجامع معنى التبرع بالمنافع كـ) قوله باب الربوا لما فرغ عن ذكر أنواع البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا فان النهى يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربا ولنا لما قيل لمحمد الاتصاف شيئا في الزهد ٣٤٠ قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم

وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربي المال اي زاد ويقال ربي ب كسر الراء ومنه

الاشياء الربوية وفتح الراء ذكره في المغرب ع (قوله محرم لقوله تعالى وحرم الربا وقد ذكر الله تعالى لاكل الربا

خمسا من العقوبات احدها الخبط والثاني المعق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهاية

حرمة لا يقومون الا كما يقوم النسي ينخطه الشيطان يحق الله الربا فاذنوا بحرب من الله وذر واما بقى

من الربا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فاولئك اصحاب النار هم فيها خالدون كـ (قوله) باجماع القائمين خلافا لاصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة

فقصروا حكم الربا على الاشياء الستة كـ (قوله) والمساواة مخلص اي يتخلص عن الحرمة بسبب المساواة فليتنفى الحرمة عند ذلك كـ (قوله) لبقاء الاموال الخ اذ

الاموال انما تبقى اموالا مادامت لها ائمان لان الما ينزل الثمن ببقائه لا يكون مالا مثل كفى من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء الانفس بوصف انها ما كولة او وسيلة اليه كـ (قوله) ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر اثبوتها في خطير واهمان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطا

وهذا بخلاف ما اذا وصى ان يقترض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا) فالعلة عندنا السكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بر وايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائمين لكن العلة عندنا ما ذكرناه عند الشافعي الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسرقة تحقيق المعنى البيع اذ هو ينهى عن التقابل وذلك بالتمائل او صيانة لاموال الناس عن النوى او تنميما للفاقة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا لان في اعتباره سبب البياعات اول قوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والتمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بالبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذ اثبت هذا نقول اذ بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بمكيل وفي الذهب وزنا بوزن

(قوله وان تفاضلا على التغليب والمراد فضل احدهما على الآخر) قوله فهو في حكم المحفنة حتى لو باع خمس حفنات بست مالم يدخل تحت نصف صاع جاز ثم ههنا دقيقة وهي ان المكيلات يجوز بيعها فيمادون نصف صاع من غير اعتبار النسوية فيما اذا كان كل واحد من البديلين لا يدخل تحت الصاع اما اذا كان احدهما لا يبلغه والآخر يبلغ فلا يجوز وقالوا بيع المحفنة بقفيز لا يجوز (قوله ولو تباعا بالبيع تباعا وزنيا بوزني وهو ما كولد مشروب كالدهن والزيت ٤٤٤ ٤٤٤ والحل لا يجوز الاوز نابوزن

(وان تفاضلا لم يجر) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربا لامتثال بمثل) لاهوار التفاوت في الوصف (ويجوز بيع المحفنة بالحفنتين والتفاعة بالنفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا يخلص وهو المساواة فيعزم ومادون نصف الصاع فهو في حكم المحفنة لانه لا تقير في الشرع بمادونه ولو تباعا بمكيلا او موز ونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا الوجود القدر والجنس وعند يجرز لعدم الطعم والشمية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجد حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروى او حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظري الى القدر والجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثنى يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو مثنى لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال (وكل شئ نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابد او ان ترك الناس السكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابد او ان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت

في قولهم جميعا عندنا الوجود الوزن وعندنا لوجود الطعم ك (قوله الجنس بانفراده الخ ليس للتخصيص فائدة فانه كذلك السكيل والوزن ومما صله ان وجود احد وصفي الربا لا يحرم النساء عند فهو بكمحرمة النساء (قوله) وهي مانعة وهذا لان كل حكم يتعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلة فيثبت لشبهة العلوية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقة (قوله فاذا اختلفا لا يقال لم يخرجنا بذلك عن كونهما موزونين فقط جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة (قوله صورة ومعنى الخ على طريق اللف والنشر المرتب نظير الصورة ان الزعفران يوزن بالامناء وهذا بالسنجات والمعنى ان ذلك معين وهذا الا والحكم انه يجوز التصرف قبل القبض في هذا دون ذلك ك (قوله اقوى من العرف لان العرف يحتمل ان يكون

على الباطل واما النص بعد ثبوته لا يحتمل ولان العرف حجة على الدين تعارفوا لامن لم يتعارفوا والنص حجة على الكل (قوله لان النص الخ اي لان النص بالسكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها ك

اي المنظور

(قوله) وقد تبدلت والجواب عنه ان تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص عنه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص ك (قوله) لتوهم الخ فشرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم ك (قوله) الا انه يجوز الخ وهو رواية الطحاوي وعن اصحابنا رحمهم الله وروى الحسن عن اصحابنا راجح انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس ك (قوله) لوجود الاسلام الخ فان المماثلة في الوزن ليست بمعتبرة في المسلم فيه انما المعتبر (٤٥٤) فيه هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما

يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ع (قوله) الرطل بالكسر والفتح لغة نصف منا وعن الاصمعي هو الذي يوزن به او يكال به وقال ابو عبيدة وزنه مائة درهم وبثمانية وعشرون درهما وزن سبعة ك (قوله) فهو وزني فائدة هذا انه لوباع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وذكر في البسوط كل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال المراد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن ن (قوله) لانها قدرت بطريق الوزن لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يدسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواق لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكاييل ك (قوله) بخلاف الخ متصل بقوله لانها قدرت بطريق الوزن حيث لم يقدر لمكاييل بطريق الوزن فالاعتبار في المكاييل الكيلن (قوله) هاوهاي خذ بيع الفضة بالفضة يقال

هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لوباع الخطة بجنسها متساويا وزنا او النهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الخطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاداقى لانها قدرت بطريق الوزن حتى يعتدب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزنا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس) لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هام وهام معناه يد ابيد وسنبين الفقه في الصرف انشاء الله تعالى قال (وماسواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام) قوله عليه السلام في الحديث المعروف يد ابيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللقدمية فينتحق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه لينتعين به ومعنى قوله عليه السلام يد ابيد عينا بعتين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين باعيانها) عند ابي حنيفة ابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لاتنعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانها وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذا لاية للغير عليهما فبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تنعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذا في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقد لانهما للثمنية خلقا وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانها لانه كالي كالي وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده

فيه هاوهاي يقول كل واحد من المعتقدين لصاحبه هافين تقابضان ك (قوله) وماسواه اي ماسوى الصرف من العقود الواردة على الاموال الربوية ك (قوله) خلافا للشافعي في بيع الطعام ذكر لفظ الطعام مطلقا لينناول كل مطعم سواء اختلف الجنس او يتعد بان باع كر حنطة بكر حنطة او بكر شعير او تمر واقترا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي لا يجوز نهاية

(قوله لكن السكيل الخ فان قيل الحرمة في الربوا حرمة مؤقتة الى غاية وجود المساواة فلو ثبتت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة المطلقة لاتنتهي ابدافع كان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله عليه السلام لا تتبعوا البر بالبر الامتناسوا يا هذا فرع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل قلنا الحرمة المتناهية في الربوا هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير مؤقتة لان ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لاتنتهي الى غاية ولا **٤٦** تنتهي بالمسوى بل تبقى الى ان

يبقى النساء فكذلك ههنا يبقى احرمة بيع الخنطة بالديق لعدم إمكان المساواة **ك** (قوله ويجوز الخ وعند الشافعي لا يجوز لانه لا يعتدل في النخول تحت السكيل اذ هو ينكس قلنا المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهر واما بيان الاتفاق في القدر ان الدقيق كيلى فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا جاز السلم كيلا وحكى عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالديق اذا تساوى كيلا لانهما يجوز اذا كانا مكسوسين كذا في النخيرة **ك** (قوله لقيام المجانسة اذ السويق اجزاء حنطة مقلية والديق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالديق ولا بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع اجزائهما بل هذا اولى لتوفر المجانسة ههنا **ك** قوله لا يختلاف

بحرم النساء قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالديق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما السكيل لكن السكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لا كتناظرهما فيه وتعلل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا كيلى (ويجوز بيع الدقيق بالديق متساويا كيلا) لتعقق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لا يختلف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغنى يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعكس بالعكس قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفروز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتعقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار الحلال بالسمسم وله ما نه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفى نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن

اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة) وقال لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى اليه رطبا او كل تمر خبير هكذا سماه تمر او بيع التمر بمثله جائز لما روينا لانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش هو ضعيف عند النقلة قال (وكذلك العنب بالزبيب) يعنى على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار ابا الحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال

المقصود لانه يقصد بالديق اتخاذا الحبز والاطرية ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن او العسل فيؤكل **ن** (قوله بلحم من جنسه بان باع لحم الشاة ولو كانا المختلفين بان باع لحم البقر بالشاة وما اشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما يجى في اللحمان المختلفان **ن** (قوله باع الموزون بما ليس بموزون فهما جنسان قيل اذا اختلف الجنس ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك واجيب بان النسيئة اذا كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في البطل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

(قوله ان التفاوت الخ حاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البديلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد من البديلين فليس بمفسد اذا لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البديلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهي لا تتبدل ع (قوله والكفرى ٤٧) عددى الخ هذا جواب عما يقال الكفرى لما لم يكن من جنس

التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفرى اذا جعل التمر رأس المال فاجاب بان الكفرى عددى متفاوت فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة ك (قوله) وفي المغرب الزيتون من العصرة ويقال لثمرة الزيتون ايضا ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال العصير او النبيذ قبل ان يتغير شيرج ايضا وهو تعريب شيره ك (قوله لا يجوز) فان قلت ان الاصل في البيع الجواز فلا يترك الاصل بالشك قلنا الفساد بالوجهين وهو ما اذا كان الدهن الخالص مثلاً واقل والحكم للغالب (قوله) كالحقيقة ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود الدر والنسل والاسامة وانما يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا كما في الزيت بالزيتون والسهم بالشيرج الا ترى ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو

وابو حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملاً باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا له وجه الفرق لمعمره بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احد هما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لاقبله والكفرى عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون

الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسهم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتجيز لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذا مافيه من الدهن موزون وهذا لان مافيه لو كان اكثر او مساوياً له فالتجيز وبعض الدهن او التجيز وحده فضل ولو لم يعلم مقدار مافيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والمجوز بدنه واللبن بسمه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والسكر باس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال (ويجوز بيع اللعنان المختلفة بعضهما ببعض متفاضلاً) ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البغاني قال (وكذلك البان البقر والغنم) وعن الشافعى ره لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاءها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا اخل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين اصلهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شعير البطن بالآلية او باللحم) لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً قال (ويجوز بيع الحبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً) لان الحبز صار عددياً او موزوناً فخرج من ان يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة

كالمعز ومحمما حتى لو اخذ بضعة من لحم الحيوان لايجل تناولها وعرفنا ان مقصود اللحم حصل بالذبح حكماً فلا يعتبر قبله ك (قوله) ويجوز الخ وقال الشافعى لا يجوز لان المقصود من اللحم التغنى والتقوى واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع الى الوصف ونحن نقول اللحم فرع اصول مختلفة واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة والاتحاد في التغنى اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص

(قوله انه لاخير فيه اى لايجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النقي فتعم جميع جهات الخبر)
 (قوله جاز ايضا لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره ع (قوله جائز لحاجة
 الناس لكن يجب ان يعطى وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لثلا يصير استيد الا بالاسلم فيه قبل
 القبض ع (قوله) وهذا اذا كان الخ لانه ح لا يتحقق البيع فلا يتصور الربو به ك (قوله) لهم
 الاعتبار بالمستامن الخ اى

﴿ ٤٨ ﴾

يتحقق الربو من المسلم
 والحربي الذي دخل دارنا
 بامان في دارنا فكذلك
 في دارهم والجامع تحقق
 الفضل الخالي عن العوض
 المستحق بالعقد (قوله)
 منزلا المنزل اسم لما يشتدل
 على بيوت وصحن مسقف
 ومطبخ يسكنه الرجل
 بعياله والبيت اسم المسقف
 واحده دهليز والدار اسم
 لما يشتدل على بيوت
 ومنزل وصحن غير مسقف
 فكانت الدار اعم من ائتيها
 لاشتمالها عليهما فاستتبع
 العلو ذكر المحقوق
 اولاك (قوله) وقبل في
 عرفنا الخ اى قالوا الجواب
 على هذا التفصيل بناء
 على عرف اهل الكوفة
 وفي عرفنا يدخل العلو في
 الكل اى سواء باع اسم البيت
 او المنزل او الدار لان
 كل مسكن يسمى خانه سواء
 كان صغيرا او كبيرا الا
 دار السلطان فانه يسمى
 سراى ك (قوله) ولا يخلوا
 عن علو وفيه نظر لان الخلو
 وعدمه لم يكن له مدخل
 في الدليل ويقال معناه ان

وعن ابي حنيفة انه لاخير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا قدينا فان كانت
 الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الحنجر نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه
 الفتوى وكذا السلم في الحنجر جائز في الصحيح ولاخير في استقراضه عددا
 او وزنا عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالحنجر والحنجر والتنور والتقدم والتأخر
 وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولايجوز عددا
 للتفاوت في احاده قال (ولا ربا بين المولى وعبد) لان العبد وما في يده ملك
 لمولاه فلا يتحقق الربو وهذا اذا كان ماذوناله ولم يكن عليه دين وان كان
 عليه دين لايجوز بالاتفاق لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة
 وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فينتحقق الربو كما يتحقق بينه
 وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف
 والشافعي لهما الاعتبار بالمستامن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا
 بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان ما لهم مباح في دارهم فبأى طريق اخذه
 المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله
 صار محظورا بعقد الامان

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلا فوقيه منزل فليس له الا على الا ان يشترى به بكل حق هو له
 او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقيه بيت
 بكل حق هو له لم يكن له الا على ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو
 والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم
 لما دبر عليه الحدود والعلو من توابع الاصل وجزائه فيدخل فيه والبيت اسم
 لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبع المثل فلا يدخل فيه الا بالتخصيص
 عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأق فيه مرافق السكنى مع ضرب
 قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فله شبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاعند
 ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
 في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو
 في اسم الدار يدخل السكنى لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بكرا ما ذكرنا

عند

البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول
 متروكا بالمعروف ع (قوله) ولا يدخل الظلة الخ الظلة هي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار
 المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار وذكر في المغرب وقول
 الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب ك

(قوله لم يكن له الطريق يعني طريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء اوحق القاء الثلج في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي النخبة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول ك (قوله بخلاف الاجارة

١٤٩

فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضى وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تعقد لتملك المنافع والانتفاع بسالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا استاجر الخ ع (قوله باب الاستحقاق

مناسبة البابين ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى قوله حجة مطلقة حتى تظهر في حق كافة الناس لان البيئة تصبح حجة بالقضاء والمقاضى ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فعجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبيئة ولا يرجع في الاقرار ك (قوله بعد الانفصال اى في الحال المنفصل فيها الولد عنها ن (قوله لم يرجع الخ اى لم يرجع المرتهن على هذا العبد المقر في حال من الاحوال سواء كان الراهن حاضرا او غائبا آية غيبة كانت ن قوله لان الرجوع الخ اى

ابى حنيفة لانه مبني على هوام الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفذه في الدار يدخل من غير ذكر شىء ما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال (ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلما يتحقق لابه اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فيدخل تعصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببيئة فانه ياخذها وولدها وان اقربها لرجل لم يتبعها وولدها) ووجه الفرق ان البيئة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبع او قيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضى اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبع قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترى فاني عبده فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شىء

وان كان البائع لا يدري اين هو يرجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن ابى يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبى ذلك او قال العبد ارتهنى فاني عبده وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقارره انى عبدا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية ٤

الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة وذكر شمس الائمة في الجامع الصغير قول محمد مع قول ابى يوسف ك (قوله اذا قال الاجنبى الخ اى قال الاجنبى اشتره فانه عبيد فاشتره فظهر حرا فليس على الاجنبى شىء مل

(قوله والبيع الخ انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيد للجواب عن الرهن
واهتماما ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ع) قوله كما هو موجب فيجعل العبد بالامر
ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه وتعد رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ك(قوله ح)
يجوز الخ هذا استدلال بجواز الرهن على ان الرهن ليس بمعاوضة ادل لو كان معاوضة لكان استبد الا ببدله
الصرف والمسلم فيه ضرورة

٥٥

وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن
في يد المرتهن وانه حرام ك
(قوله فلا يجعل الخ اى لم يكن
الامر بالارتمان غرورا
في عقد معاوضة فلا ينتهض
سببا للضمان ولهذا اذا سأل
رجل غيره عن امن الطريق
فقال له اسلك هذا الطريق
فانه آمن فسلكه فسلب
اللبصص امواله لم يضمن
المخبر بشئ^١ لانه غرور
فيما ليس بمعاوضة ك(قوله
والتناقض الخ فالعبد بعد
ما قال اشترى فاني عبد
فاما ان يدعى الحرية اولا
فالاول تناقض فكيف
يثبت به الحرية والثاني
ينفي شرط الحرية ع(قوله
بخفاء العلوق الخ فانه قد
يجلب من دار الحرب
صغيرا ولا يعلم حرية ابيه
اولاه فيقر بالرق ثم يعلم
بحرية امه او ابيه فيدعى
الحرية والتناقض فيما
يجرى فيه الخفاء لا يمنع
صحة الدعوى ك(قوله فصل
في بيع الفضولي الخ
مناسبة هذا باب الاستحقاق
ظاهر لان بيع الفضولي

على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد
معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضامنا للسلامة كما هو موجب بخلاف الرهن
لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل
الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة
وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى
بابه واعبدى هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عايد بغيره
ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط في حرية
العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل
فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحرير فرج الام وقيل هو شرط لكن
التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعناق فالتناقض لا يمنع
لاستبدال المولى به فصار كالمختلعة نعيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع
والمكاتب بغيرها على الاعناق قبل الكتابة قال (ومن ادعى حقاني دار)
معناه محامجهولا (فصل في الندي في يدك على مائة درهم فاستحققت الدار الادراعا
منها لم يرجع بشئ^٢) لان للمدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي (وان ادعاه اكلها
فصلحه على مائة درهم فاستحق منها شئ^٣ رجع بحسابه) لان التوفيق غير
مكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على
ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنقض الى
المنازعة (فصل في بيع الفضولي) قال (ومن باع ملك غيره بغير امره فالملك
بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن
الاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدت الا انعقاد الا بالقدرة الشرعية
ولنا انه تصرف في ملك غيره في محله فوجب القول بانعقاده
اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب
المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن
الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تعصيفا لهذه الوجوه
كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل باذن في التصرف النافع قال

صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك انما باعك بغير
اذنى فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير وفي المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لاخير
فيه حتى قيل فضول بلا فضل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه صار بالغلبة لهذا المعنى كالعلم
له ولم يصري الواحد في النسبة كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس باصيل ولا
وكيل وفتح الفاء غطاء ن

(قوله بمنزلة الخ من حيث ان كل واحدة منهما تثبت الحكم او من حيث ان كل واحدة منهما رافعة للمانع كـ) قوله لانه معبر محض فليس له الفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها فقبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول كـ (قوله ديننا كالدراهم والدينانير والفلوس والكيلى والوزنى الموصوف بغير عينه نـ) قوله ثم الاجازة الخ اى الاجازة فيما اذا كان الثمن عرضا معينان المالك اجازة ان ينقد

٥١

الفضولى الثمن من مال المالك لاجازة عقد موقوف فان العقد فى هذه الصورة وقع لازما على الفضولى ونافدا من غير اجازة المالك نـ (قوله لانه توقف الخ فان قيل يشك بالامامة اذا تزوجت بغير اذن مولاهم مات المولى فانه ينقد باجازة الوارث اذ لم يحل له وطبها قلنا الامة تصرفت باهلبيتها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الادمية والنكاح من خواصها وانما يوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر المالك والوارث مالك كالمورث ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف كـ (قوله ومن غصب الخ قيل جرت المعاودة فى هذه السئلة بين ابى يوسف ومحمد حين عرض عليه الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابى حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل قال محمد بل رويت ان العتق جائز عـ) قوله الملك الكامل ولا يشك بالمكاتب فان اعاقه

(وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بعالمهما) لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام التعاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك وكان الثمن مملوكا له امانة فى يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للمعقود عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينافان كان عرضا معينان ماتصع الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينقد باجازة الوارث فى الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك فى حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول ابى يوسف اولاهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبد اقباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز) اسد حسنا وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يغيد الملك ولو ثبت فى الآخر يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يردى الضمان ولان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يعجز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نقادا حتى نقض من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينقد بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبد امن التركة وهى مستغرقة بالديون يصح وينقد اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه

٧ *

جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه عـ (قوله لا يصح ان يعتق الخ يعنى ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينقد عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينقد بيعه ولا ينقد بيع المشتري منه ثم لم ينقد عتقه عند اداء الضمان فاولى ان لا ينقد عتق من تلقى الملك من جانبه كـ

(قوله لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لسكونه عدوا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عند الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكمه بل هو بمعرض ان يصير سببا عند اداء الضمان والعتق وجد قبله كـ) (قوله وبغلاف الخ جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على ان بالخيار مقرون بالعقد فصار

﴿ ٥٢ ﴾

لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبغلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبغلاف بيع المشتري من الغاصب اذ باع لان الاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذ اطر على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينقذ اعتناق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال (فان قطعت يد العبد فاخذ رشها ثم جاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان المملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش كالمكاتب اذ اقطعت يد واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذ اقطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز لبيع فالارش للمشتري بغلاف الاعتناق على مامر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه لا يدخل في ضمانه وفيه شبهة عدم الملك قال (فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول ولم يجز البيع الثاني) لما ذكرنا ولان فيه غررا لانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بغلاف الاعتناق ههنا لانه لا يؤثر فيه الغرر قال (فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البذل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البذل لانه لا مملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبذل فيتحقق الغوات بغلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البذل له فيكون البيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبدا بغيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامر به بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة بمنية على صحة الدعوى (وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعد على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلن هذا شرط طلب المشتري قال راج وذكر في الزيادات ان

﴿ المشتري ﴾

الغاصب ابطله اي ابطل الملك الموقوف لغيره لانه لا ينصور اجتماع البات مع الموقوف في عمل واحد والبيع بعدما بطل لا يلحقه الاجازة عيني (قوله لانه لم يدخل في ضمانه اي ان كان القطع قبل القبض لان المبيع اذا لم يكن مقبوض المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح مالم يضمن كـ

(قوله اذا صدق الخ اي ادعى رجل على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام على البائع البيينة انه اقر ان المبيع للمستحق تقبل وان كان متناقضا في دعواه ن (قوله وفرقوا الخ قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات ايضا في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البيينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى ويجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك

٤٥٣

الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبطل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة وال لزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان تناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في الفصل الاول لانه لا يفيد

فائدة الرجوع دون الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه ع (قوله في يد المشتري فيكون العبد سالما فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له اذ شرط الرجوع بالثمن عنهما ن (قوله في يد غيره فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لانه وجد شرطه ن (قوله ومن باع الخ معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه

المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البيينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال (ومن باع دارا لرجل وادخلها المشتري في بناء لم يضمن البائع) عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وآخرا وكان يقول ولا يضمن البائع وهو قول محمد بن وهب مسألة غصب العقار وسببها في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها طول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان ياباه ولكن اتركناه بمار ويناؤه وجه القياس انه بيع المعدوم اذا المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه السلام من اسلم متكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لابد ان يكون مضمنا فلا يصح السلم فيه ما لم يقل يكون باطلا وقيل ينعتق ببيعها بثمان مؤجل تحصيلها لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المنروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر النزع والصفة والصناعة ولا بد منها لترفع الجهالة فيتحقق شرط صفة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا ويتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتقارب وعن ابي حنيفة انه لا يجوز

المشتري اذ لو صدقه يؤمر بقطع البناء مل (قوله السلف المضمون اي السلم الواجب في النعمة وقوله المضمون صفة مقررة لما ان المسلم فيه يجب في ذمة المسلم اليه لامحالة ن (قوله انه يبيع المعدوم الخ اي المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم احق (قوله ولا يمكن ذلك لان الدراهم والدنانير قطلات تكونان مبيعا لانهما خلقتا ثمننا والمسلم فيه مبيع عيني

(قوله وقيل هذا الخ هذا
من قال جواز السلم في القتل
ضد جواز السلم كون
فعاد ثمننا اما ليس من ضرر
الدنانير بالدنانير جائز

فلا يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما بقى ثمنهما كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنيين كـ (قوله لانها اثمان ولا يجوز السلم في الا ثمان بالاجماع كما لو اسلم في الدراهم) (قوله ولا تعود وزنيا الخ جواب اشكال وهو ان يقال اذا خرج في حقهما عن ان يكون ثمنهما كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذالا يجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد قلنا هما اعرضا عن اعتبار الثمنية فيها لاعتبار صفة العد وليس من ضرورة خروجها عن ان تكون ثمنهما في حقهما خروجها عن ان تكون عديدة فهو عددي وليس بثمن ولا بوزني مل (قوله فاشبه الغياب فان فيها بعد ذكر النزع والصفة والنوع لا يبقى الانتفاء يسير فيعوز السلم فيها كذا ههنا مل (قوله باعتبار المعاني الباطنة كالصباحة والملاحاة والفصاحة والخلق

الحسن والذهن والكياسة فإنك ترى عبيدين متفقيين في الاوصاف (الافى) المذكورة من الجنس والسن والصفة ومع ذلك يساوى احدهما الفيا والآخر الفين وقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ومع ذلك يزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة مل

(قوله بخلاف لحم الطيور بان يسلم في لحم الدجاج مثلاً ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للنوال فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للنوال فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور لا يعتبره الناس) (قوله وبعد التسليم اى سلمنا ان اللحم يضمن بالمثل اذا اتافه

٥٥٥

الغاصب فليس وجهه كون اللحم وزنيا كما فهمتم بل وجهه ان الاصل في ضمان العدوان المماثلة والمماثلة في مثل الشئ * صورة ومعنى فيكون اعدل من القيمة لانها مثل معنى لاصورة مل (قوله ولان القبض الخ هذه النكته لاجل التفرقة بين الاستقراض والسلم ففي الاستقراض يقبض حالا فيرتفع الجهالة بالقبض ولا يقضى الى المنازعة واما السلم فان المسلم فيه انما يعرف بالوصف وبالوصف لا يرتفع الجهالة فيقضى الى المنازعة ولما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكفى بالوصف في حق اللحم في السلم ن (قوله دفعاً الحاجة المفاليس فان قيل لو كانت شرعية دفعاً للحاجة المفاليس لا خنص بحالة الافلاس قلنا الافلاس باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبقى على السبب الظاهر الدال على الحاجة ليكننا تعليق الحكم به والبيع بالحسران

الافى حينه وزنا معلوماً وضرباً معلوماً) لانه ينقطع في زمان الشتاء متى لو كان في بلد لا ينقطع بجوز مطلقاً وانما يجوز وزنا لاعداد الماذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منهما وهى التى تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده قال (ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقال اذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا يجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخارج العظم لا يجوز على الوجه الثانى وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) وقال الشافعى يجوز حالا لاطلاق الحديث وخص في السلم ولنا قوله عاينه السلام الى اجل معلوم فيمار وينال لانه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على الناقى قال (ولا يجوز الا باجل معلوم) لما روينا لان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بفراخ رجل بعينه) معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيودى الى المنازعة وقدر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا يتقبض ولا ينسقط كالقصاع مثلاً فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا فى قرب الما للتعامل فيه كذا روى عن ابي يوسف قال (ولا فى طعام قرية بعينها) او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتبره آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله تعالى الثمر لم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخمر انى ببخار او البساقى بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا

دليل الحاجة ك (قوله وقيل الخ وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوى عن اصحابنا اعتباراً بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثالث ثمة ببيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر (قوله وقيل اكثر الخ لان المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف اليوم نهايه

(قوله اذا كان الخ احتراز به عما اذا كان رأس المال ثوبالان النذر وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلا الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة ازرع فوجده احد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الزرعان ولا يشترط اعلانه لا الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فهاله قدر النذران لا يؤدي الى جهالة المسلم فيه وههنا المسلم فيه بمقتضى المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد ﴿ ٥٦ ﴾ (قوله فهاتان مسئلتان اى الاختلاف بينه وصاحبيه في هاتين المستثلتين وانما قال هذا ليتبين ان كل واحدة تحتاج الى اقامة الدليل من الطرفين بالاستبعاد ن (قوله انه ربما يوجد الخ تحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل في المجلس فيرد فيبطل العقد برده بقدر ماره فاذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقص السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها عيني (قوله اذا اسلم الخ بان اسلم مائة في كرحنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لانه لا يجوز عند ابي حنيفة لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الخرز فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت ع

(بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة او شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية او بحسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد او ردي (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كميلا بمكيال معروف او كذا وزنا (واجل معلوم) والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل مؤنة) وقال لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معيننا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضه زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشروعه مع المتناهي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبالان النذر وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولا ي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تغض الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من الشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التغلفي كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتهما اذا اقتسما دارا وجعلتا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا هو اختيار شهس الاثمة السرخسى وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايقام قال (وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقام بالاجماع) لانه لا تختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه)

(قوله او اسلم جنسين الخ (قال) كما اذا اسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن احدهما لا الآخر لاخير فيه عنده وهو جائز عندهما لان اعلام القدر فيما يتعلق العقد به شرط عندنا فلا يعلم وزن احدهما بطل في حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر ايضا لاتعاد الصفة او لجهالة حصة الآخر والسلم في المجهول لا يصح ابتداء وعندهما الاشارة الى العينين تكفي فيجوز نهايه

(قوله لانه لايفيدلانه لايلزمه بنقله مؤنة ولايختلف ماليته باختلاف الامكنة ن (قوله يكفى به هذا اذا لم يكن المصر عظيمافلوكان بين جوانبه نحو فرسخ لايجوز الان يبين لانه مغض الى المنازعة ذكره في المحيط في (قوله فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والتمين والاجرة والقسمة ع (قوله قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكانا حتى لو مشيا فرسغا

٥٧

قبل القبض لم يفسد مالم يتفرقا من غير قبض فان افترقا كذلك فسد ع (قوله فلانه افتراق الخ لانه لا تتعين فلا يقع العقد الاعلى دين في الذمة يقع بدفع العين المقاصة عنه في (قوله فلا بد الخ اي فيشترط كون احد البديلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الآخر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحالة والكفالة فان هذه العقود يثبت احكامها بمقتضيات اسمائها لغة فكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد فانه اتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك ربح يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون موجلا لانه يعد عاجلا عرفا (قوله ولهذا الخ ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال ن (قوله لانه يمنع الخ

قال رضى الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها احرأ ولا وجوب في المجال ولو عينامكانا قيل لا يتعين لانه لا يقيد وقيل يتعين لانه يقيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيماله حمل ومؤنه يكفى به لانه مع تباین اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه) اما اذا كان من التقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالى بالكالى وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف يثبتان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ولا حدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مقيّد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لفرقه وقسم نظيره (وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم ما في درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لنقص القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارى اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعتد صحيحا قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تغايلا السلم لم يكن له ان يشترى من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه السلام لا تأخذ الاسلام الا تسلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبهها بالمبيع فلا يجعل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جدي في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا

(٨) اي لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد ك (قوله وكذا لا يثبت فيه اي في المسلم فيه دون رأس المال فان خيار الرؤية او خيار العيب فيه لا يفسد لانا لا يمنع ثبوت الملك ن

(قوله الا انه الخ هذا الاستثناء لدفع السؤال وهوان الاقالة لما كانت بيعا جديدا في حق ثالث فصل
اقالة السلم كبيع السلم اعتبار الحكم الانتهاء بالابتداء فينبغي ان يجب قبض رأس المال بعد الاقالة
في مجلس الاقالة كما كان قبض رأس المال في المجلس شرطا في ابتداء السلم فقال الا انه لا يجب قبض
في مجلس الاقالة لانه اى لان عقد الاقالة في كونه ببيع ليس في حكم ابتداء عقد السلم لانه بيع من كل وجه
في حق كل والاقالة بيع في حق

﴿ ٥٨ ﴾

ثالث وفسخ في حق العاقدين
وليس من ضرورة اشتراط
القبض في البيع من كل وجه
الاشتراط فيه من وجه دون
وجه كذا في النهاية وغيرها
وتعقب عليه في العناية بان
النأمل يغنى عن هذا
السؤال فلا حاجة الى الجواب
لان رأس المال لما صار
معقودا عليه سقط اشتراط
قبضه فالسؤال بوجوب قبضه
لا يرد لكن المصنف دفع
وهم من عسى ان يفهم نظرا
الى كونه رأس المال وجوب
قبضه ولا ينظر الى ما
في الدليل السابق من
انقلابه معقودا عليه تأمل
مولانا محمد عبد الحليم (قوله
وفيه اى في جعل رأس المال
بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر
هو يقول رأس المال بعد
الاقالة صار دينيا في ذمة
المسلم اليه فكما جاز
الاستبدال بسائر الديون
جاز بهذا الدين (قوله
قضاء اى اداء لحقه ولفظ
شرح الجامع الصغير امر
ان يعتقه اقتضاه لحقه فاقضاه
لا يكون قبضا حتى يكيله

استقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه يجب قبضه في المجلس
لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والمجة عليه
ما ذكرناه قال (ومن اسلم في كرحنطة فلما حمل الاجل اشترى المسلم اليه من
رجل كرا او امر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه لم
يقبضه لنفسه فاكدله ثم اكداله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل
فلا بد من الكيل مرتين لعمى النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى
فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكان قبض
السلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان
جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيه تحقق البيع بعد الشراء
وان يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكرجاز لان القرض اعادة ولهذا
ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا كما فلا يجتمع الصفتان
قال (ومن اسلم في كرا فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم
ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك
الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه
وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كالوكان عليه دراهم دين فمدفوع اليه كيسا ليزنها
المدينون فيه لم يصرقا بضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بجالها
صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى
انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري
لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يملك من مال المسلم
اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا
يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل
والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في
غرائر البائع ففعل لم يصرقا بضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير
الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كماله امره ان يكيله ويعزله
في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصرقا المشتري
قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين

(صار)

مرتين (قوله لم يكن قضاء حتى لو هلك بعد ذلك يملك من مال المسلم اليه ويطالب رب السلم
بحقه) (قوله الصفتان احدهما صفة عقد السلم والثانية التي جرت بين السلم اليه وبائعته) (قوله
على ما مر وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين
على ما نبين نهاية

(قوله) فلصحة الامر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا (قوله) وبمثله يصير الخ لان القبض تارة بيده او بتخليته منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل ليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصير قابضا ههنا باعتباره قلنا المعقود عليه ثم الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصباغ والفعل لا يجوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتقبل المعقود عليه بالثوب فلم يصير به قابضا (قوله) وامره الخ اي امر المستقرض المقرض ان يزرع الحنطة في ارض المستقرض فزرع صار المستقرض قابضا يحكم اتصاله بملكه مل (قوله) وهذا الخلط الخ جواب سؤال ذكر في الفوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر قابضا حصل باذنه وهو اذا بد بالعين ك (قوله) لجواز لج كلامه في قوة المنع كانه قال لانسلم ان هذا الخلط غير مرضى به وقوله لجواز الخ سند المانع فاستقام الكلام ع (قوله) في يد المشتري اي المسلم اليه وانما سماه مشتريا نظرا الى اشتراؤه الجارية بالحنطة التي هي دين ن (قوله) واذا جاز الخ اي اذا جازت الاقالة

صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز ان يكون مراده البدأة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال (ومن اسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقاءه واذا جاز ابتداء اولي ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بالغ درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة) لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن اسلم الى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم معنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه ير بوعلى رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكروا انكار الصحة وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه معنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفصاد لعدم الاجل غير متيقن لمكان

بعد هلاك الجارية في المسئلة الثانية فلان يبقى الاقالة بعد هلاك الجارية في الاولى بالطريق الاولى ن (قوله) واذا انفسخ الخ هذا جواب من يقول ان الانفساخ في حق الجارية المينة كيف ينعقد وانه ليس بهل لذلك فقال الانفساخ بطريق التبعية وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا عيني

(قوله الاجتهاد يعني ان فساد السلم بسبب ترك ذكر الاجل مجتهد فيه فان السلم الحال جائز عند الشافعي فلما لم يكن فساده قطعاً عند ترك الاجل لم يلزم من الانكار الاجل رد رأس المال فلا يكون النفع حاصلاً للمسلم اليه بهذا الانكار من كل وجه فلم يعتبر نفع رد رأس المال فكان متعنتاً لانكاره النفع الظاهر وادعى الاجل كذا في النهاية وتعقب

٤٠

عليه بان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها كالشافعي غير صحيح والصحيح اي يقال لان الاختلاف كان ثابتاً بين الصعابة لكن هذا مبني على ثبوته بين الصعابة وقال ابن الهمام هرباً عن القدر لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين مولانا محمد عبد الحليم (قوله بخلاف عدم الوصف اي لو قال المسلم اليه شرطت لك ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً وهي المسئلة الاولى كان القول قول المسلم اليه لان فساد السلم بترك الوصف متيقن به غير مجتهد فيه فكان رب السلم متعنتاً (قوله نصف الربيع الغ ووقع في بعض النسخ نصف الربيع وزيادة عشرة وهي غلط لانه على هذا التقدير القول للمضارب لان انكاره لزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (قوله بخلاف الغ يعني ان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفق على عقد واحد فان ادعى الفساد يدعى اجارة ومدعى

الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربيع الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربيع فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربيع وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس يلزم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربيع اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول كمدعى الصحة عنده وعندهما للمتنكر وان انكر الصحة قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولاً وعرضاً ورفعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه ايضاً لانه مقصود فيه (ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان احادها متفاوتة تغايرت افاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمى ملبناً معلوماً) لانه عددي متقارب لاسيما اذا سمى اللبن قال (وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السام فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضى الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست او قمع او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استنصع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استجماعه لاجتماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعاً لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفقوداً وغاعته لامن صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستنصع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضاً لانه لا يمكنه تسليم المعقود

(عليه)

الصحة يدعى الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم في الحال وهو ما يدعى منكر الاجل فان سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يعنت به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحة وفساده فالقول لمدعى الصحة في (قوله ورقة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وخبائنه ك

(قوله وهو قطع الصرم الخ فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضى به قلنا جاز ان يكون رضاه بسبب ظن ان المستنصع مجبور على القبول وانه مجتهد فيه كـ (قوله لا يشتريه غيره بمثله وقد لا يشتريه اصلا كمالو استنصع منبرا من يعط الناس عليه فالقاضي لا يشتريه اصلا نـ (قوله لو ضرب الاجل الخ المراد بضرب الاجل ماذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان تفرغ غدا او بعد غد ﴿ ٦١ ﴾ لا يصير سلما لان ذكره ح للمفراغ لالتأخير المطالبة بالتسليم

ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستنصع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال عـ (قوله فيعافى الخ يعني ان العمل بحقيقة اللفظ واجب الا اذا صرفه عن الحقيقة صار في وذكر الاجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستعجال كمالو قال لحياط خط هذا الثوب غدا فيجمل على حقيقة الاستنصاع كـ (قوله مسائل منثورة المسائل التي تشد عن الابواب المتقدمة ولم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة اي عن ابوابها فـ (قوله ان من السحت الخ روى ابن حبان في صحيحه عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمان الكلب وكسب الحجام من السحت فـ (قوله حراسته فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فيه ويخبر

عليه الابضرار وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستنصع فلان في اثبات الخيار له اضرار ابا الصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليهمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب به فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستنصاع فيعافى على قضيته ويجعل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان ذلك استنصاع فاسد فيجعل على السلم الصحيح ولا يبي حنيفة انه دين يحتل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهه فيه وفي تعاملهم الاستنصاع نوع شبهة فكان المحل على السلم اولى والله اعلم (مسائل منثورة) قال (ويجوز بيع الكلب والغنم والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من اسحت مهر البغي وثمان الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع بشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث ممول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا تسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال (واهل النمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم مالا للمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين ولانهم مكفون محتاجون كالمسلمين قال (الا في الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخفوا العشر من اثما نها قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم

عن الجاني بنجاحه عليه فسادى المعلم في الانتفاع عيسى (قوله فكان مالا يعني مملوكا متقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الادمى خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا واما انه مملوكا متقوم فلانه محرز مأذون شرعا في الانتفاع والملك بثبت بالامراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعا اذ قد اذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه في

(قوله على اني ضامن الخ صورة المسئلة ان يطلب انسان من آخر شراء عبد بالف درهم وهو لا يملك
 الابن وبخمسمائة والمشتري لا يرغب الا بالالف فيجئ آخر ويقول ببع عبدك من هذا الرجل بالف
 على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جواب
 للكل ولم يوجد اباء ولا مساومة لكن ايجاب العقد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك
 استحسننا اما ضامنه بعد الاباء والمساومة يصح قياسا واستحسننا ﴿ ٦٢ ﴾ ن (قوله والخمسمائة بالالف
 والسلام في المضاني دون
 المضاني اليه فقيل لاختلاف
 في امتناعه وقال ابن عصفور
 وبعض الكتاب يجيزون
 ذلك وهو قليل جدا وقيل
 اذا اورد مثل هذا ينبغي
 ان لا يعتد اضافة الخمسة
 بل الجر في المضاني اليه
 على حنف المضاني اي
 الخمس خمسمائة ع (قوله
 من الضامن ثم ان كان الضمان
 بامر المشتري كان له ان
 يحبس المبيع حتى يأخذ
 الخمسمائة من الضامن لان
 البيع على المشتري صار
 بالف وخمسمائة والمشتري
 ان يراجع على الف وخمسمائة
 ولو كان بغير امره لم يثبت
 الزيادة في حق المشتري
 فليس للبائع حبس المبيع
 على الخمسمائة ويراجع على
 الف (قوله ثم قد لا يستفيد
 الخ جواب سؤاله وان يقال
 ينبغي ان لا يصح الضمان
 على الاجنبي من البائع
 بخمسمائة لانه لا يستفيد
 بها شيئا فاجاب بان المشتري
 قد يزيد في الثمن بعد البيع
 مع انه لا يستفيد بتلك
 الزيادة شيئا لان المبيع
 حصل له بدونها فكندا في الاجنبي مـ
 يوسف حتى ان هلك بعد ذلك تهاك من مال المشتري ع (قوله لانه تعيب حكيم
 حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها فيصير كالنعييب الحقيقي كقطع اليد
 وفق العين مـ

على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ
 الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز
 البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين) واصله ان الزيادة على الثمن والمثل
 جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا للزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف
 مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عبدا او اسرا او رابعا ثم قد لا يستفيد
 المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدنهافيصح اشتراطها
 على الاجنبي كيدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال
 من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال (ومن اشترى
 جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب
 الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطئ
 الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض)
 والقياس ان يصير قابضا لانه تعيب حكيم فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه
 الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك
 الحكمي فانترقا قال (ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع فاقام البائع
 البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن
 اصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدري ان
 هو بيع العبد او في الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه
 الذي اقر به مشغولا بقطعه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضى فيه
 كالراهن اذ اقامت والمشتري اذ اقامت مفسدا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد
 القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه
 وان نقص يتبع هو ايضا (فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللعاضر ان
 يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقضي حقه
 الثمن كله وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله
 لم يقبض الانصبيه فكان منطوقا بما ادى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير
 امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه

مضطرب

(قوله مضطربه فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يتقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حال حضوره مقفود لا يمكن ان يخاصم الى الحاكم لنقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه بخلاف حال غيبته ع (قوله كعير الرهن بان اعار شيئا ليرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى من الدين على الراهن وان كان

٦٣

قضى دين الراهن بغير امره لانه مضطرب في القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك ههناك (قوله بالغ مثقال الخ قيل وكان الواجب ان يفيد المصنف بالجودة والرداءة او الوسط لان الناس لا يتنبأون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيد محمد بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد عنه ع (قوله على السواء فان قيل ينبغي ان يترجع الذهب لاختصاصه بالثاقيل او يترجع الفضة لكونها غالبية في المبايعات قلنا لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير الى قضية الاضافة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشراكة على السواء (قوله لان حقه الخ اي لان حق رب الدين في وصف الدين من حيث

مضطربه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باءا جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس باقى شئ منه والمضطرب يرجع كعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال (ومن اشترى جارية بالغ مثقال ذهب وفضة فهم انصفان) لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالغ من الذهب والفضة فيجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليها فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جبار فقضاء زيوف وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لاقية له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا وله ما منه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكتس فيها ظبي) لانه مباح سبقت يد اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهنا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاني وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع مانثر من السكر او الدراهم في ثيابه لم يكن له مالم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النعل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبع الارض كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في ارضه يجرى ان الماء

كتاب الصرف

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي به

الجودة واجب الرعاية كحق ذلك في الاصل من حيث القدر فلو كان المقبوض دون حقه قدر الم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه وصفا الا انه يتعذر ذلك لانه لاقية للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض اذا كان قائما ومثله ان كان مستهلكا لان مثل الشئ يعكس عنه ن (قوله لم يكن له اي لم يكن لصاحب الثياب مالم يكفه اي مالم يضم صاحب الثياب ثيابه فهو لمن اخذه واذا كان كفه فهو له دون غيره مل

(قوله لا يطلب الخ اي لا يطلب بهذا العقد الزيادة تحصيل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذا التفتع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من الطعوم واللبوس والركوب فلولا لم يطلب الزيادة والعين حاضر في يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعاً وقد دل على مشروعية قوله تعالى واحل الله البيع واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة ناسب ان يسمى صرفاً (قوله الامثلة مثل اي في العلم لا بعرض نفس الامر فقط فلولا بعينها

٢١٤

مجازفة ولم يعلمها كميتهما وكانا في نفس الامر متساويين لم يجوز ولو وزنا في مجلس فظهر متساويين يجوز في (قوله الذهب انتصابه بالعامل المقدر اي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً بالحدث ان يجعل عاملاً متعلق بالمجرد راي الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل في (قوله تحقيقاً للمساواة فان قيل يشكل على هذا التعليل ما اذا باع مما يتعين بالتعيين ومع ذلك يشترط قبضهما ايضاً وعلى هذا التعليل ينبغي ان لا يشترط قبض المصوغ اذا وجد قبض المضروب لتحقيق المساواة بينهما في العينية في المضروب بالقبض وفي المصوغ بالصياغة وبحصول العينية فيهما يخرجان عن بيع الكالي بالكالي اذا النسبة انما تكون باعتبار عدم التعيين قلت عدم جواز به بوجه يجي بعد هذا وهو قوله ولأنه ان كان الخ ن (قوله فلا يتحقق

للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة اولاً لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً قال (فان باع فضة بفضة او ذهباً بذهب لا يجوز الامثلة بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يد بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرنا في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافراق) لما روينا لقول عمر رضي الله عنه ان استنظر ركاباً يدخل بيته فلا تنتظره ولا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا لان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لا طلاقاً ما روينا لانه ان كان يتعين فقيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنًا خلفه فيشترط قبضه اعتباراً بالشبهة في الربا والمراد منه الافراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس بمشيان معاً في جهة واحدة وانما في المجلس او اغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المغيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء (فان افرقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما يبطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باعها لا يبقى القبض مستحقاً وبالتالي يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرر فيه وخلافه زفره قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً بالبيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد محققاً لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفره لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه

ولاشئ

(قوله الربا الى للتقدم مزية الى النسبة فيتحقق الفضل في احد الوضعين وهو الربا في (قوله ولانه ان الخ جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين ع (قوله لا يصح شرط الخيار الخ بان قال اشتريت هذه الدراهم بكذا

(قوله ولا شيء الخ يعني ان عقد الصرف عقد بيع لانه مبادلة مال بمال ولذا لو حلف لا يبيع فيصارف يحنث والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن وليس كل من بدل به اولى بان يجعل مبيعا فجعل كل مبيعا من وجهه وثمنا من وجهه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل ثمننا حقيقة كبيع العرض بالعرض اعتبر كل ثمننا من وجهه وان كان مبيعا حقيقة جاز الاستدال به من حيث انه ثمن فلا يجوز من حيث انه ثمن فثمن فلا يجوز بالشك ن (قوله لعدم الاولوية) ٤٥ * قيل لانم علم الاولوية فان مادخله الباء اولى بالثمنية

واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلة كالمكليات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينيا في ذمة لافي الاثمان الخلقية ع (قوله وليس من ضرورة الخ جواب من يقول لو كان بدل الصرف مبيعا لكان متعينا لان المبيع متعين قلنا المسلم فيه مبيع وذلك غير متعين بل هو واجب في النعمة غير عين الا ان شبهة كونه متعينا قد ظهرت في الثوب حتى حصل به تقدير الثمن وان لم يكن متعينا في نفسه ن (قوله لما فيه من احتمال الربا وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز ايضا لان العلم بتساويهما حالة العقد بشرط صحة العقد لان الفضل الموهوم في هذا الباب كالتحقق ع (قوله ومن باع الخ فيه ايما الى ان الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن ع (قوله كذا لو اشتراها الخ ولو اشتراها بالفى مثقال فضة نسبية فسد في الكل عند ابي حنيفة راجح اما وما في الامة فلان المفسد

ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازة لما فيه من احتمال الربا قال (ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفى مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالنقد نقد ثمن الفضة) لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لسكونه بدل الصرف والظاهر منه الاثنيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بالفى مثقال الف نسيئة والفى نقد فالتقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محملي بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بيننا وكذلك ان قال غنمه هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنيين قد يرا د بند كرها الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيعمل عليه بظاهر حاله (فان لم يتقابض حتى افترقا بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيهما (وكذا في السيف ان كان لا يخلص الا بضرر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجنح في السقف (وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية) لانه امكن افراده بالبيع فصا كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه ولا يدرى لا يجوز البيع للربا ولا احتمال وجه الصحة من وجه وجه الفساد من وجهين فترجعت قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارىء لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع (ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاورده) لان الشركة عيب في الاناء (ومن باع قطعة

الطوق فلفوات التقابض (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٥
مقارن العقد وقد تقررت في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لا يفسد في الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما اما لو اشتراها بالفى مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارىء فلا يتعدى الى الامة ك

(قوله وعلى هذا الخلاف الخ الاصل ان الاموال الرباوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليه الصفات وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد ويصرف كل جنس منهما الى خلافه عند العلماء الثلاثة خلافا لهما ع (قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة

﴿ ٦٦ ﴾

اذ الحنطة والشعير والدرهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربا وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه وانبات مقابلة لادليل عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف ك (قوله لا يجوز لانه تصير المقابلة غير الاولى ويكون التصرف تصرفا آخر والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وقصد لاعلى خلاف ذلك والعائد ان قصدا المقابلة المطلقة للمقابلة الجنس الى خلاف الجنس وهي انشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الاول عيني (قوله ان المقابلة المطلقة الخ يعني ان العقد يقتضى مطلق المقابلة للمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانهما مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد

نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال (ومن باع درهمين ودينار ايدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه) وقال زفر والشافعي ره لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكحنطة بكرى حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مربعة لا يجوز وان امكن صرف الربع الى الثوب وكذا اذا اشترى عبد ابالى درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالي وخمسائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبد وعبد غيره وقال بعثك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا المقابلة المطلقة تعتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحا تصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبة الاصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا تصرفه بخلاف ما عمن المسائل اما مسألة المربعة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربع كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال (ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما (ولو تباعا فضة بفضة او ذهبا بنذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شئ

﴿ آخر ﴾

منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الفات لا تخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الا ترى انه لو اتى بهن المقابلة ثم قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح وبصير الفرد مقابل للفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة تعتمل مقابلة الفرد بالفرد الخ ك

(قوله فمع الكراهة قيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم تر والكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الإيضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه إلى الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المعيط أيضا وقيل إنما كره لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه بهذا وأورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين

٦٧

وهي المسئلة الخلافية مكروها سلم بذكره قلت الذي يقتضيه النظر أن يكون مكروها إذا لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة غاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة ثم ذكر أصلا كليا بغيره وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف من غير ذكر خلاف (قوله وتقاصا العشرة الخ بخلاف ما لو جعل رأس المال قصاصا لان المسلم فيه دين وبالمقاصة يصير افتراقا عن دين بدين ن (قوله بعشرة مطلقة أي من غير أن تقيد بالعشرة التي عليه أما إذا قيد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز البيع بخلاف بطلان المطلقة فإنه جائز عندنا خلافا لزم من (قوله لعدم المجانسة أن بين الدين والدين فان بدل الصرف يجب أن يكون متعينا بالقبض وهذا دين سبق وجوبه فينبغي أن لا يجوز وأن تقاصا كما في السلم إلا أنه

آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم تبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا إذا الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه

العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جاز) ومعنى المسئلة إذا باع بعشرة مطلقة ووجهه أنه يجب بهذا العقد أن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين أدل ولا ذلك يكون استبدال الدين بالصرف وفي الإضافة إلى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بالي ثم بالي وخمسائة وزفر يغالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء وهذا إذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذا في أصح الروايتين لنضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز

قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق مساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدينارين الذهب فهي ذهب ويعتبر فيها ما

من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الامتساو باقي الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها (الأوزن) لأن النقود لا تغلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا بالغش وقد يكون الغش خفيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء (وإن كان الغالب عليهما الغش فليسافي حكم الدراهم والدينارين) اعتبارا للغالب وإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه التي ذكرناها في حلية السيف (فإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صر فالجنس إلى خلاف

الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة

٥ *

يجوز لأنهما لما ائتمرا على المقاصة ولاصة لها مع بقاء عقد الصرف لما قاله زفر يتضمن ذلك الخ ن (قوله والإضافة الخ أي يتضمن ذلك إضافة العقد إلى الدين وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين فصار كأنه قال بعث هذا الدينار منك بالعشرة التي لك على عيني (قوله إذا لولا ذلك أي لولا تحويل العقد إلى وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين عيني

(قوله يجوز ذلك الخ أي يجوز التفاضل في هذه الاموال لم يفتوا لانه اوجاز حل الربا في اعز الاموال لقياسوا عليه جواز الربا في الذهب والفضة بالتدرج ن (قوله والغطارفة الدراهم الغطريفية منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد كندا في المغرب وقيل هو خال هارون الرشيد ن (قوله فكسدت الكسادان لا تروج في جميع البلدان هذا على قول محمد واما عندهما الكساد في بلد يكفى لفساد البيع في تلك البلدة عيني (قوله

٤٨

وترك الناس الخ المصنف
فسر الكساد بترك الناس
المعاملة بها ولم يذكرا في
كل البلاد وفي البلد الذي
وقع عليه العقد ونقل عن
عيون المسائل ان عدم
الرواج انما يوجب فساد
البيع اذا كان لا تروج في
جميع البلدان لانه ح يصير
هالكا ويبقى البيع بلائمن
واما اذا كانت لا تروج في
هذه البلدة وتروج في غيرها
لا يفسد البيع لانه لم يهلك
لكنه تعيب فكان للبائع
الخيار انشاء قال اعط مثل
النقد الذي وقع عليه البيع
وان شاء اخذ قيمة ذلك
دنانير قالوا ماذكر في العيون
يستقيم على قول محمد واما
على قولهما فلا يستقيم ع
(قوله وقال ابو يوسف
الخ قال الشارحون هذا الذي
ذكره القدوري من الاختلاف
مخالف لما في المبسوط والا
سرار وشرح الطحاوي حيث
ذكر البطلان عند كساد
الفلوس في هذه الكتب من
غير خلاف بين اصحابنا
الثلاثة ع (قوله فانقطع

يشترط في الصفرا لانه لا يتميز عنه الا بضرر وقال رضى الله عنه مشاؤخنا
ولم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلور
ايح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد في العد وان كانت تروج بهما
فبكل واحد منهما لان المعتمد هو المعناد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما
دامت تروج تكون اثما لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة
تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزير في لا
يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيو فان كان البائع يعلم بحالها لم يتحقق
الرضاء عنه وبجنتها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء عنه (واذا اشترى
بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها
لهم ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما
اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي
يوسف وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه او ان
الانتقال الى القيمة ولا يبي حنيفة انه ان التمس يهلك بالكساد لان الثمنية
بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلائمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع
ان كان قائما وقيمنه ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال (وبجوز البيع
بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثما
بالاصطلاح وان كانت كاسدة ام يجوز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من
تعيينها (واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة
خلافهما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة
فكسدت عند ابي حنيفة يجب عليه مثلها) لانه اعادة وموجبه رد العين معنى
والثمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل
وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا
فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر

انقطاعه ان لا يوجد في الاسواق فلا يبطل البيع ح بالاتفاق ويجب القيمة ولا ينتظر الى زمان الرطب (من)
في السنة الثانية فكندا هذا عيني (قوله لانه مضمون به اي لان الثمن مضمون بالبيع فكان كالمقصوب
يعتبر قيمة يوم الغصب لانه مضمون فيه عيني (قوله لان الثمنية الخ اي الدراهم التي غشها غالب انما
جعلت ثمننا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح عيني

(قوله من قبل وكثير من المشايخ كانوا يقولون بقول محمد ربح وبه كان يقضى الصدر الشهيد حسام الدين والصدر الكبير برهان الأئمة وبعض مشايخ زماننا افتوا بقول أبي يوسف ك) (قوله وأصل الاختلاف الخ أى الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد فى اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد فرع الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع عيني
﴿ ٦٩ ﴾

(قوله انظر أى للمقرض

والمستقرض اما للمقرض

فبالنسبة الى قول أبي

حنيفة لانه على قوله يلزم

على المقرض مثل تلك

الفلوس الكاسدة وليس فيه

نظر للمقرض واما للمستقرض

فبالنسبة الى قول أبي يوسف

فان الواجب عليه قيمتها

يوم القبض عنده فكان ترك

النظر للمستقرض فقلنا

بقمته يوم الكساد نظرا

للجانبيين ن (قوله ايسر

لان ثمن الفلوس كانت

معلومة يوم القبض للمقرض

والمستقرض كما هى معلومة

للمتعاقدين يوم البيع

وللناس اجمع فكان العمل

بها ايسر واقل اختلافا

بين الناس واما قيمة يوم

الانقطاع فغير معلومة للناس

بل يختلفون اختلافا كثيرا

فلا يكون ايسر فى معرفة حكم

الشرع ن (قوله وعليه الخ

أى يجب على المشتري اذا

اشترى شيئا بهذا اللفظ

قدر ما يباع من عدد الفلوس

بمقابلة نصف درهم فضة

اذا بيعت الفلوس بمقالة

نصف درهم فى سوق

الصبارفة ن (قوله صيرفيا

من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر للجانبين

وقول أبي يوسف ايسر قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز

وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدينق فلوس او بغيراط

فلوس جاز وقال زفر لا يجوز فى جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر

بالعدد لا بالدينق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع

بالدينق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والسكرام فيه فاغنى

عن بيان العدد لو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فذلك عند أبي يوسف

لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس

وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان فى العادة المبيعة

بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا

وقول أبي يوسف اصح لاسيما فى ديارنا قال (ومن اعطى صيرفيا درهما وقال

اعطنى بنصفه فلوسا ونصفه نصف الاحبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى

عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة

ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل فى الكل) لان الصفقة متحدة

والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما

هو الصحيح لانهما يباعان ولو قال اعطنى نصف درهم فلوسا ونصف الاحبة جاز

لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة

فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضى الله عنه

وفى اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هى الضم لغة قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ثم قيل هى ضم النعمة الى

النعمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح قال (الكفالة ضربان كفالة

بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به)

وقال الشافعى لا تجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس

المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام

أى صرافا وهو من قولهم للدرهم على الدرهم صرف فى الجودة والقيمة أى فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرفى كذا فى المغرب ك (قوله وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد فى الكل بالاجماع وان بين يشيع على قول أبي حنيفة نهائيه

(قوله بنوعيهما الكفالة بالنفس والمال فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته قلنا الغرم ينشأ عن لزوم شيء بضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار والحاجة ماسة الى هذا النوع وهي ضرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب نفسه فيتوى حق صاحب الحق وعن الصحابة انهم جوزوا الكفالة بالنفس ك

﴿ ٧٠ ﴾

(قوله وتنقذ الخ لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها)
(قوله بنفس فلان لم يذكر محمد رح ما اذا تكفل بعينه قال البلخي لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والنسب يجب ان يصح في الكفالة والطلاق اذا العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس في قوله او عرفا كوجهه ورأسه ورقبته فان كلاً منها مخصوص بغيره فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف) (قوله لانه تصريح بموجبه اي بموجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد يتعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع يتعقد بلفظ التملك ك) (قوله امهله الحاكم الخ ويستثنى منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للمحال الى ان يعرف مكانه لانها تصادقا على عجزه عن التسليم للمحال وان وقع

الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيهما ولانه يقدر على تسليمه بطريقة بان يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال (وتنقذ اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او برأسه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجز في مكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (او قال هو) (على) لانه صيغة الالتزام (او قال الى) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك ما لفلورثته ومن ترك كلاً او عيالاً فالى (وكذا اذا قال انازعيم به او قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقدر وينافيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفة لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان احضره والاحبس الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يجسسه اول مرة فلعنه ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يجسسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتد العباد بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالنبي اعسر ولو سلمه قبل ذلك برى لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصرى برى الكفيل من الكفالة) لانه انى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الامرة (واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برى) لمحصل المقصود وقيل في زماننا لا يبرر لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد بمبدأ

(سلمه)

الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعى وان لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه ك

(قوله) وعندهما الخ قيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصرا وفي مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمان ابي يوسف ومحمد فظهر الفساد والميل من القضاء الى اخذ الرشوة فينتقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر

﴿ ٧١ ﴾

(وان سلمه في بيرة لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة وله القدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصى ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فاننا برئ فدفعه اليه فهو برئ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضمان لما عليه وهو الذي فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما المتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كوجوب الربح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافقة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها اولم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به

عن الطالب ع (قوله) لانه قد يكون الخ وذلك القاضي يعرف حادثه فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالما عن المعارض فبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلاف المشايخ فيه ك (قوله) بخلاف الكفيل بالمال حيث لا يبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة ماله منابه اذ المقصود هناك ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخف ماله من تركته ثم يرجع ورثته على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في الحيوة ع (قوله) ولا يشترط الخ في المبسوط لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزمه فلا يتوقف على قبول صاحب الحق كالمدينون اذا جاء بالدين ووضع بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبوله تضرر به من عليه ن (قوله) فكان له الخ فتسليم النفس على المكفول به واجب

من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فماله يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ ع (قوله) فاشبه البيع اي في لزوم المال بالعوض برجع الكفيل على الاصيل بالمال اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا انسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه يشبه الخ ع

(قوله) مالا مطلقا المراد من الاطلاق عدم نسبة كفالته الى المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل على المالك الذي على المدعى عليه مل (قوله) ان المال ذكر الخ هذا النكتة في مقابلة النكتة الاولى للمعتمد وحاصلها ان المال في قول الكفيل ذكر معرفا لانه قال فعليه المائة فينصرف المائة الى ما على المكفول عنه بجعل اللام للعهد فكانت النسبة موجودة فخرج المال عن كونه رشوة فيلزم ويصح الكفالة كذا في العناية وغيرها ولا يذهب عليك ان في عبارة الجامع الصغير ٧٢ ذكر المال منكرا حيث قال فيه فان لم اوافك به عند افعلى مائة دينار وهكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فلا يستقيم هذه النكتة كذا في فتح القدير مولانا محمد عبد الحليم (قوله) والعادة جرت الخ تقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس به لان العادة جرت باجماع في الدعوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الاخرة وعلى هذا صحة الكفالة بالمال والنفس جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة ع (قوله) معناه الخ وعلى هذا يكون معنى قوله ولا يجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بخفى المضاف واسناد

عند افعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخاطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه لا تصح الكفالة على هذا الوجه وان يبينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت باجماع في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة) معناه لا يجبر عليها عند وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدر فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لانه امكن ترتيب موجهه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فينحقق الضم قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضى) لان الحبس للثمة ههنا والتمهة تثبت باحد شرطى الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة وذكر في ادب القاضى ان على قولهما لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لان موجهه التزام المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق فلا يتنافيان (واما الكفالة بالمال فحائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان ديننا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالى او

المجاز الى الكفالة مجازا ع (قوله) وقال لا يجبر الخ وفي الفوائد الظهيرية وليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن بامره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب واذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول وسبجى تفسير الملازمة في كتاب الحجر ك

(قوله) وصار كما اذا كفل الخ بان قال كفلت بما اصابك في هذا الشجة التي شجك فلان وهي خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري قدر ما بقي من أثر الشجة وهل يسرى الى النفس أو لا يسرى كفايه (قوله) ديننا صحيحا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبذل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على ان يسقط البذل بتعجز نفسه وقيل لان المولى (٧٣) لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به فوجوبه بخلاف القياس

ع (قوله) ان لا يكون الخ بمالك عليه او بما يدر كك في هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيجتمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به جهة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط ان يكون ديننا صحيحا او مراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان ان شاء الله قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم النعمة الى النعمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فعينته تنعقد مالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يدبر بها المجهل فيكون كفالة (ولو طالب احدهما ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف الملك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك فوضع الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشرط) مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى او ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحف كقوله اذا استعفى المبيع او لا مكان الاستيفاء مثل قوله اذا قسم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما الايصع التعليق بمجرد الشرط كقوله ان ان هبت الريح اوجاء المطر وكذا اذا جعل واحدهما اجلا لانه يصح الكفالة ويجب المال حال الان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالقى عليه ضمنه التكفيل) لان الثابت بالبينة كالغابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لو لا ينسب عليها قال (وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو

المكفول عنه معلوم فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له في الاضافة فلما قال ما بيعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش جهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول فانها ح قليلة يتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنع مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخيير لا تمنع فتح

(قوله) اما اذا أدى خلافه كما اذا أدى زيوفا بدل ماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس ع (قوله) كما اذا ملكه بالهبة بان يهب من الكفيل المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه فان الكفيل يملك ويرجع على الاصيل بما ضمن ع (قوله) وكما اذا ملكه الخ أى ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان احوال المطلوب على انسان ولم يكن على المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنائيس أو عرضا عن دراهم الدين أو هب له المحتال له الدين ﴿ ٧٤ ﴾ أو تصدق عليه أو ورث منه فان

يرجع في ذلك كله على المحتال بالدين لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحتال بما قبله منه كفايه (قوله) بخلاف الخ جواب دخل مقدر تقريره ان الكفيل لا يرجع الا اذا أدى بامر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل ع (قوله) حيث يرجع بما أدى فلو أدى الزيوفا عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بهادون الجياد لان اداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان تبرعا بما فعلى هذا فقوله رجع بما أدى باطلاقة فيه تسامع عنايه (قوله) على خمسمائة انما قيد بقوله على خمسمائة احتراز اعمال الصالح على جنس آخر من الدينانبرا والهروض في ذلك رجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل (قوله) لانه اسقاط أى لان الصلح على اقل من جنس مئة ابراء الكفيل فيما وراء

تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضى به (فان كفل بامر رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بامر (وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه) لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما أدى معنا اذا أدى ماضينه اما اذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شى حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا براء الكفيل قال (وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدى عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمه قال (فان لو لم بالمال كان له ان يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) به وكذا اذا حبس كان له ان يحبس لانه الحق له الحق من جهته فيعامله بمثله (واذا ابراء الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح (وان ابراء الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع وان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا ابراء الطالب عن الاصيل فهو متأخير عن الكفيل ولو اخرج عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الاصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل ذا خلافيه اما ههنا فبخلافه (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الاصل) لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهى على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل لخمسائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكيمه فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لسكفيل ضمن له مالا قد برئت

بدل الصلح والابراء اسقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة كفايه (قوله) توجب الخ منقوض ﴿ الى ﴾ بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجود ولم توجد براءة الكفيل قلنا لانقص في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولم يبق ذلك كفيلا بل هذا العقد عقد الحوالة (قوله) في الصحيح احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل ك (قوله) جائز الا ترى انه لو مات الكفيل ماسقط الدين عن الاصيل ع

(قوله فيكون الخ وكان بمنزلة ان يقول دفعت الى من المال وقبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبته من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل كفايه (قوله اذ لا يرجع الخ يعني ان اتقنا بحصول البراءة باى الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كان بالاداء يرجع وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك ع) (قوله وقال ابو يوسف الخ وقيل ابو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فاخوه هو أقرب (٧٥) الاحتمالين فالمصير اليه اولى ع) (قوله ابتداء هامن المطلوب فانه

ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل مضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قيمت وقعدت ع) (قوله واليه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويغلى بينه وبين المال فيقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع ع) (قوله لما فيه من معنى التمليك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهى كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط كفايه (قوله لا يمكن الخ اى لا يصح شرعا عبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفس الصحة ع) (قوله كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده ع) (قوله لانه عين مضمون الخ اما الاعيان المضمونة على نوعين الاول ما كان مضمونا بنفسه على معنى انه يجب رد عينها ان كانت قائمة ورد

الى من المال يرجع الكفيل على المسكوف عنه) معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التى ابتداء هامن المطلوب وانتهاءها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المسكوف عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء فلو قال برئت قال محمد هو مثل الثانى لانه يعتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداء هامن المطلوب والى الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البرآت ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا يجرى فيها النيابة (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون (وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت يصح عندنا خلافا للشافعى لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا (ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا يصح الكفالة بالحمل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه تمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المسكوف له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه

قيمتها او مثلها ان ملكك فتصح الكفالة بها والثانى ما كان غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن لان المبيع مضمون بالثمن اذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك المالك وينفسخ البيع والرهن مضمون بالدين بقدره فلا تصح الكفالة به اعينى (قوله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها الخ ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته او ثمنه عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك انه يجب قيمتها عند الهلاك والم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره ع

(قوله الا في مسئلة الخ استثناء من قوله الا بقبول المكفول له في مجلس العقد أي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له هنا عند هـ لكن هو جواب الاستحسان و أما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة أيضا لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا الورثة أو لغيرهم لم يصح فكذلك هذا (قوله كما اذا خضر الخ أي فصار كما اذا حضر الطالب وقال للوارث تكفل عن أبيك لي ك) (قوله وانما يصح الخ دفع دخل تقريره ان المريض لما قام مقام الطالب ينبغي ان يشترط ٧٦) قبوله كما يشترط قبول الطالب لعدم صحة

الكفالة بدون قبول المكفول له وهل هذا القول الا كقول المشتري لرجل يعني فلان قال بعست لا ينعتد البيع الا اذا قال المشتري قبلت فكذلك هذا وتوضيح الدفع انه انما يصح الكفالة بهذا اللفظ أي قول المريض لوارثه تكفل عني الخ ولا يشترط قبول المريض لانه يريد المريض بهذا القول تحقق الكفالة لتخليص نفسه من الدين دون المساومة فان ظاهر الحالة التي هو عليها وهي حالة الموت تدل ظاهرا على قصده الى التحقيق دون المساومة فقوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فصار الامر هنا كالامر بالنكاح فيمسا لوقال رجل لامرأة زوجني نفسك فقالت زوجت فهذا بمنزلة قولهما تزوجت وقبلت فالنكاح لا يجري فيه المساومة وهذا بخلاف المبيع فانه يجري فيه المساومة ثم اعلم انه تعقبه في العناية بان ظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة هو المناسب للاستثناء وتمثيلا بالامر بالنكاح يدل فلا

على قيام لفظ واحد مقامها ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة (قوله يصح ولو برىء المفلس بالموت عن الدين لما حمل صاحبه الاختصاص المتبرع ع) (قوله وكذا يبقى الخ أي او كان بالدين كفيل بقي على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل ك) (قوله هو الفعل حقيقة يعني ان المقصود رافة الحصة من الدين هو الفعل أي فعل الاداء يعني تمليك المال وتسليمه مل

(قوله سبيل من الاسترداد) وإذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملكه متردد بين أن يقر وأن لا يقر ومثل ذلك قاصر فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث ع (قوله أولانه رضى الخ الوجه أن يعطى بالواد فانهما وجهان لأن الوجه أحدهما في (قوله لكنه استعجاب لانه لو كان هلك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصديق والرد لا إيجابا ولا استعجابا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح خبيثا فان كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه ٧٧) أمرناه بالتصديق أو بالرد على المالك استعجابا لا إيجابا

توفيرا على الشبهين فخطهما فإذا رده إلى المالك أن كان فقيرا طاب له وإن كان غنيا ففيه روايتان والأشبه أنه يطيب له لانه إنما رده عليه باعتبار أنه حقه وأما إذا أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وبيع لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وطاب له عند أبي يوسف لما عرفت (قوله لا جبر وأعلم أنه تقرر في هذه المسئلة مقابلة الاستعجاب بالحكم فقال أولا أحب أن يرده إلى ولا يجب في الحكم أى في القضاء وثانيا أنه استعجاب لا جبر يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستعجاب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبر القاضى ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستعجب في القضاء غير مجبور عليه في (قوله وهو فاسد لان الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصل والحسران ليس

فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررنا في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها السكيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم) لما بينا أنه ملكه قال (وأحب إلى أن يرده على النى قضاء السكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد هوله ولا يرده على النى قضاء وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذى بيناه فيسلم وله أنه تمكن الخبث مع الملك إمالانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أولا لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضا بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استعجاب ولا جبر لأن الحق له قال (ومن كفل عن رجل بالى عليه

بأمرة فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذى ربحه البايع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المنقرض بعشرة ويعتدل عليه خمسة سمي به لما فيه من الأعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الأعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة المذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسدان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعى البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل بينته) لأن المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه بأمرة فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وإن كانت الكفالة

بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لأخى بع متاعك في هذا السوق على أن كل وضيفة وخسران يصيبك فانا ضامن بذلك ع (قوله وكذا الثمن غير معلوم فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله الجهالة ما زاد الخ فانه داخل في الثمن) (قوله أريد به الخ وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا في (قوله هو توكيل نظرا إلى قوله تعين يعنى اشتره بعينه ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني ع

(قوله مال مطلق أى عن التوصيف بكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمعنى به فصحت
وقبلت البينة لاقامتها على دعوى صحيحة ع (قوله ماتقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذابله أو
قضى له ك (قوله وإنما يختلف أى القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما فى الامر فيرجع الكفيل
ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا لم
يكن أمر فلا يرجع لانهما الخفى (قوله بالامر وعدمه أى انما ٧٨ ٠) يختلف حكم القاضى بالامر وعدمه

مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم
التفرقة فى أن لا يكون
الكفيل خصما عن الاصيل
بين أن يكون بأمر وبغيره
ع (قوله لا يقضى له بالأمر
لان الحاكم انما يقضى
بالسبب الذى يدعيه
المدعى الا ترى أنه لو ادعى
الملك بالشرأ لا يجوز له
القضاء بالهبة وان كان حكمها
واحدا وهو الملك ع (قوله
ثبت امره أى امر الاصيل
وهو الامر بالكفالة بعبارة
كاملة والامر بالكفالة يتضمن
الافرار بالمال لانه لا يأمر
الكفيل بأن يؤدى عنه
الا اذا كان مقرا بالمال عيني
(قوله لانه تعتمد صحتها
الخ حتى لو قال لفلان على
فلان ألف درهم وأنا به كفيل
وجب المال عليه لم يجب
على الاصيل شىء ع (قوله
ضامنا لنفسه ولا يتوهم
التصحيح باختلاف الجهة
فانه أمر اعتبارى لا يظهر
عند الخصومة ع (قوله يؤدى
الخ فى الفوائد الظهيرية
لامعنى للقول بان فيه قسمة

بغير امره يقضى على الكفيل خاصة) وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق
بخلاف ماتقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة
بأمر تبرع ابتداء ومعارضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه
احدهما لا يقضى له بالأمر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن
الافرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه
تعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى اليه فى الكفالة بأمره
يرجع الكفيل بما ادى على الأمر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم
فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما فى زعمه قال
(ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت
مشروطة فى البيع فتمامه بقوله ثم بالدعوى يسعى فى نقض ماتم من جهته
وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه
اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الافرار بملك البائع قال (ولو شوه
وختم ولم يكفل لم يكن تسليميا وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون
مشروطة فى البيع ولاهى اقرارا بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة
من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ماتقدم قالوا اذا كتب
فى الصك باع وهو يملكه أو يبيع بائنا فنادا وهو كتب شهيد بذلك فهو تسليم
الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل فى الضمان

(من باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال
فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد
منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة فى ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع
فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة
واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صرح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صرح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى
قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا بصفتين لانه
لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد
ثمن حصته وأن قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه

الدين قبل القبض لان انعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه يجوز وليس فيه ٠ وقمته ٠
معنى قسمة الدين فهكذا اذا ضمن احدهما بنصيب شريكه ويجاب عنه بانه انما لم يلزم القسمة فيه
لان ما اشترى بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه مثل (قوله بخلاف ما اذا باعا
صفتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان
لان لصفقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة ك

(قوله وقسمته قد ذكر عن أبي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلط لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجى بمعنى النصب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والبراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه ع

٧٩

(قوله ومن يميل الى الصحة الخ لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة بحق او بباطل لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط كان مأجورا وان كان اصله من جهته الذي يأخذ باطلاع (قوله او حصة منها يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الانهار المشتركة فاصاب واحدا شئ من ذلك فيجب ادائه كفعل به رجل صحت الكفالة به بالاجماع ع (قوله والرواية باو اشارة الى ان الرواية باو على تقدير ان يكون القسمة حصة من النوائب واما اذا كانت هي النائية بعينها فهو محل الواو للبيان من باب عطف التفسير ع (قوله وقيل هي النائية الخ وقيل اراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة ك (قوله والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما

وقسمته فهو جائز) اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعموته من تركته الابوصية واما النوائب فان اراد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك او اجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اراد بها ما ليس بحق كالجابيات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ ومن يميل الى الصحة الامام على البرزدوى واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائية الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه (ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمن لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من اكرر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يرى عنه الحق الاول والثاني والفرق قد اوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقضى له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل (ومن اشترى عبد افضم له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشبهة قد يقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص

اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ ك (قوله الا بشرط فان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط ع (قوله فنوع منها اى منوع كالناطق المنوع لبعض الحيوان فكان اقراره بنوع من الكفالة فلا يعكس بغيره فكان القول قوله عنابه

(قوله اذ قيمته في كلام المصنف نظيران الواجب عن العجز عند تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد بالقيمة الثمن مجازا وبلاغة التركيب باستعمال المجاز مما لا يلتبس فضله ع
(قوله ثم هو الثاني وهو المطالبة تابع للمدين لان المطالبة بالمدين مبنية على وجود الدين لان المطالبة بالدين ولا دين محال كـ) قوله وفي الزيادة لامعارضة اى من كل وجه وفي النصف ايضا لم يكن معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة

٨٥

صورة ولا دور ايضا لان المؤدى لمانوى عما كان عليه بطريق الاصلالة برء صاحبه عن الكفالة فاذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدى كـ (قوله ولانه السخ دليل آخر على ذلك اوردته بقياس الخلف فانه جعل نقض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما له حال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور ع (قوله والمطالبة متعددة يعنى انما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل وكفيلا عن صاحبه لان موجب الكفالة التزام المطالبة وهى متعددة مطالبة على الاصيل ومطالبة على الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما كـ (قوله على ما مر اشارة الى ما مر من قوله لان موجب التزام المطالبة وهى متعددة في تعليل قوله من اخذ من رجل كفيلا بنفسه

باب كفالة الرجلين

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى عبد ابالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى احد هما لم يرجع على شريكه حتى يزيم ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لامعارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا) ومعنى المسئلة في الصعيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالك عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل وكانت صح الكفالة عن الاصيل وكانت صح الحوالة من المعتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيع للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل يرجوع احدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما ادياعنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه (وان شاور جمع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال (واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بأكله على ما بينا ولهنا بأخذه به قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صعب الديون ان ياخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف الشركة (ولا يرجع احدهما على صاحبه

حتى

ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلا ن كـ (قوله وكما تصح الخ اى حوالة المعتال عليه بما التزم على آخر يصح فكذا في الكفالة كـ (قوله بخلاف ما تقدم فان هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال لشراء نفسه ونصف المال بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى الى الدور

(قوله لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين وهي مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصاله وما عليه بحق الكفالة وما ذكرناه من لزوم الدورك (قوله استحسنانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببذل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببذل الكتابة فلما مر من انها تقتضى ديناً صعيماً ٨١ وبذل الكتابة ليس كذلك ع (قوله كفيلاً الخ فصارت كفالته بما عليه اصله وكفالة المكاتب بما عليه اصله جائزة جليى

(قوله لاستوائهم اى في الوجوب عليهما الاستوائهما في العلة اعنى المكتابة فكان كل البذل مضموناً على كل واحد منهما ولهذا يعتق واحد منهما مالم يؤد جميع البذل ع (قوله ايها ما شاء لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت ك (قوله المعتق بالكفالة فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيلاً ببذل الكتابة والكفالة ببذل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في ابتداءه ببذل الكتابة بل كان كل بديل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحيحا للمكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلاً عن غير المعتق ببذل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء ك (قوله ما لا يجب الخ كان اقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو قرضه انسان أو باعه

حتى يؤدى اكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبد ان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فكل شى اذاه احدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسنانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلاً في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالالف في حق صاحبه وسند كره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اذاه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لاتنقض المساواة قال (ولو لم يؤد شيئاً حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه ويرى عن النصف لانه ماضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاز العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقيتهما فلماذا يتنصف للمولى أن يأخذ بحصة النوى لم يعتق ايها شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ النوى أعنتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤدعته بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشى لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو مال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسره اذ جميع ما في يده لك المولى ولم يرض بتعلقه في الحال والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مقاس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد يرى

الكفيل) لبرائة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حر قال (فان ادعى رقبه العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى رد هاعلى وجه يخلفها قيمتها وقد انزمت الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى القيمة

وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد (جلد الثانى) (الهداية مع الكفاه) ٦ عتقه وكذا اذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطى امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف مالوك ان استهلكه للمال معانيها معلوماً فانه يؤخذ به في المحالف (قوله لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الاجل وكيفى العتق لا يصلح اجلاً لها لوقت وقوعه وقد لا يقع اصلاً) (قوله فاقام المدعى الخ انما قيد باقامة البينة احترازاً عما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد وتكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل ع

(قوله بخلاف الاول لان محلما التزمه وهو العبد قد فاته وسقط عن العبد تسليم نفسه فكندا عن كفيله ع) (قوله حتى تصح الخ لانه اذا لم يكن عليه دين يصح امر المولى اياه الكفالة ويصح تصرف المولى فيه لغراغ ذمته عن تعلق حق الغير الا ترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكنداله ان يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاه صار اجنبيا عنه لتعلق حق الغرماء به حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكندا لا يملك ﴿ ٨٢ ﴾ امره بالكفالة ك (قوله

والمانع الخ اى المانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر قد زال بالتعلق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع في (قوله فاجازه فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع في (قوله ثبت مع المينا في وهو الرق فان المكاتب عبد مابق درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اى ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاها ديناً مستقراً لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزوا ولعباً وقوله ولانه الخ دليل آخر على عدم استقراره فان المستقر من الدين ما لا يسقط بالاداء والابراء

واجبة على الاصيل فكندا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعنف فاداه وان كان المولى كفل عنه فاداه بعد العنف لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفره يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابداً لمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه (ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتعاد وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبّع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالمديون لانهما اتفقا عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضاء المحيل والمعتال والمعتال عليه) اما المعتال فلان الدين حق وهو الذي ينتقل بها والدين متفاوتة فلا بد من رضاه واما المعتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بين التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المعتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرء اعتباراً بالكفالة اذ كل واحد منهما عاقبة توثق ولنا ان الحوالة لنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن النعمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملاء والامس في القضاء وانما يجبر على القبول اذا انقضى

المحيل

ع (قوله في الدين لافي العين لان هذا نقل شرعى والدين وصف شرعى فيظهر اثره في المطالبة فجاز اى يؤثر النقل الشرعى في الثابت شرعاً اما العين فحس فلا ينتقل بالنقل الشرعى بل يحتاج الى النقل الحسى ك (قوله فيه نفعه اى عاجلاً بانقضاء المطالبة عنه في الحال و آجلاً بعد الرجوع عليه لانه لا يرجع عليه الا بامره في

(قوله فلم يكن متبرعا فان قيل هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال قطعاً وما ذكرت موهوم قلند المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلاً وهو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا كـ (قوله بسلامته الخ فاذا فات الشرط اى سلامة حق المحتال له ينفسخ الحوالة وعاد حقه على المحيل فيرجع به عليه فصار كوصف السلامة في المبيع بانه اشترى شيئاً فهلك * ٨٣ * قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظاً

و هذا الوجه يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين بدون الفسخ وهو عبارة بعض المشايخ مل (قوله) يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلانه ح لا يقدر على مطالبته واما الثاني فلانه لم يبق ذمته يتعلق بها الحق ع (قوله) بافلاسه يقال افلس اى صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افترقه وفلسه القاضى اى قضى بافلاسه حين ظهوره حاله كـ (قوله) ولا يكون الحوالة الخ يعنى فان قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرار من المحتال عليه بالدين عليه اجاب بقوله ولا تكون الخ ع (قوله) لانه اقدر الخ بوجهين احدهما ان الاداء منهما يتحقق بعين حق المحيل وح لا يصعب عليه الاداء فكان اقرار والثاني ان الوديعة حاصلة بنفسه غير محتاج الى كسب الدين قد يحتاج اليه ع (قوله) وان كان الخ هذا اشارة الى حكم آخر به

المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعاً قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه) قال الشافعى رحمة الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة خصلت مطلقة فلا يعود الاسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه لانه اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لغواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين اما ان يجعل الحوالة ويجلف ولا بينة له عليه او يموت مفلساً) لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالاهن الرجلان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضى عند خلافهما لان المال لله غاد ورائع قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامر الله لان المحيل يدعى عليه ديناً وهو منكرو القول للمتكبر ولا يكون الحوالة اقرار منه بالدين عليه لانه قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما احواله به فقال انما احلتك ولتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكرو لفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال (ومن اودع رجلاً الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلك بئراً لتقيد هابها فانه ملتزم الاداء لانها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الغوات الى خلق كلافوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه يتعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعدم موت المحيل وهذا لانه لو بقى له مطالبته فبأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا يتعلق لحقه به بل بنعمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه او عنده قال (ويكره المسقاتج وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعاً

بخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء * ٦ * حق الاخذ للمحيل والرهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين التى له بيد المحتال عليه او الدين التى عليه فالمحتال اسوة للغرماء بعدموته واما المرتهن فانه احق من الغرماء الآخر بعد موت الراهن بالرهن عينى

(قوله كتاب ادب القاضى لما كان اكثر المنازعات فى الديون والبياعات والمنازعات يحتاج الى قطع اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الحاصل الحميدة والقضاء يحتاج اليها فافاؤها وهوان ذكرها ينبغى للقاضى ويكون عليه وسميت الحاصل الحميدة ادبالها تدعو الى الخير والادب فى الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء واما القضاء فقال ابن فتيحة تستعمل لمعان كلها ترجع الى الحتم والفرار من الامر يعنى باكماله وفى الشرع يراد به الالتزام يقال للعكم وهو منع الظالم ﴿ ٨٤ ﴾ من الظلم واما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل اثموا وقد امره الله تعالى بنبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا الى اليمن ومعادا وعليه اجماع المسلمين (قوله) فالصحيح الخ ولفظ القدورى يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه فى سياق لا يصح وقد ذكر محمد فى الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان يجوز ع (قوله) وفى هذا الاجتهاد الخ المجتهد من يعلم الكتاب والسنة مقدار ما يتعلق به الاحكام دون المواظ وقيل اذا كان صوابه اكثر من خطئه حمل له الاجتهاد الاول اصح فصول عمادى (قوله) قريبة اى طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المتكررة ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة ويرتب على ما يصلح ان يكون سببا للمطلوب عرفا وعادة ع (قوله) تقلدوه الخ فحديث

كتاب ادب القاضى

قال (ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى الامولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد) اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والقاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغى ان يقلد كما فى حكم الشهادة فانه لا ينبغى ان يقبل القاضى شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايختنا وقال الشافعى القاسق لا يجوز قضاءه كما لا يقبل شهادته عنه وعن علمائنا الثلاثة فى النوادر انه لا يجوز قضاءه وقال بعض المشايخ اذ قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدلته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مقلدا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد بكل الجهد فى اصابة الحق حذارا النسبة الى الخطاء واما الثانى فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعى وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العام ولنا انه يمكنه ان يقضى بغتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ابصال الحق الى مستحقه وينبغى للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلدى انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفى حد الاجتهاد كلام عرفت فى اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل ان يكون مع ذلك صاحب قريبة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال (ولا بأس بالتدخل فى القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدى فرضه) لان الصعابة رضى تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه

معاد معروف وروى ابوداود ان عليا جعله النبى صلى الله عليه وسلم قاضيا وبعثه الى اليمن (فرض) وقال الترمذى انه حديث حسن واخرج البيهقى ان ابا بكر روى عمر بن الخطاب القضاء واما عبيدة المال واخرج ايضا ان عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال واخرج ابن سعد فى الطبقات ان عمر بن الخطاب استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له ورقا وقلد على رضى الله عنه شريحا كندا قال الزيلعى وابن الهمام مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقدا

(قوله فرض كفاية فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً بالمان ادنى درجات فرض الكفاية النذر كما في صلوة المجتازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطراً عظيماً وامراً مخوفاً لا يسلم في مجرته كل سابع الامن عصمه الله تعالى (قوله كيلا يصير شرطاً الخ لانه قبل القضاء لا يتمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر يعجزه وخوفه فلما دلى القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرة ولايته فيصير الدخول في القضاء شرطاً لا ارتكابه كفاية) (قوله وكره بعضهم الخ ساءوا ونعوا بانفسهم او اخافوا) ٨٥ عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب

القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول في القضاء الا مكرها ع (قوله لقوله عليه السلام الخ وقيل قد ادرأه بعض القضاة وقال كيف يكون هكذا ثم دعى في مجلسه بهن يسوى شعره فجعل الحلاق يجلس بعض اشعار ذقنه فعتس فاصاب موسى حلقه والقي رأسه بين يديه درر (قوله من جعل الخ اخرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسن الترمذي فتح (قوله فكانما ذبح الخ ذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالنذير بغير سكين فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والنذير بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك (قوله تغلق الخ في تاريخ البخاري مستنداً عن

فرض كفاية لكونه امراً بالمعروف قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الخفي فيه) كيلا يصير شرطاً لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه محتاراً لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلاً للقضاء دون غيره فعينه يغتفر عليه التغلب صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال (وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيعزم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التغلب من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصعابة رضى تغلقوه من معار يفرض والخفى كان بيد على رضى الله عنه في نوبته والتابعين تغلقوه من الحجاج وهو كان جائراً الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتغلب بخلاف ما اذا كان يمكنه قال (ومن قلب القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخراط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فجعل في يدهم له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال المحصور في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدبيراً لا تمولا ويبعث امينين ليقبضها بضرورة المعزول او امينه ويسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (وينظر في حال المحبوسين) لانه نصب ناظراً (فمن اعترف بحق الزمة اياه) لان الاقرار ملزم (ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الابينة) لانه بالعزل التحق بالرعيا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر في امره) لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر افلا يعجل كيلا يؤدى الى ابطال حق الغير (وينظر في الردائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف

ضمرة قال استغنى الحجاج ابابردة بن موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بسنة اشهر في تاريخ اصبهان للعافظ نعيم عبد الله بن ابي مريم الاموي ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوساً واسط فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفى بها قال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابن اخى عبد الرحمن بن عوف تغلب القضاء من يزيد بالمدينة وهو تابعي يروى عن ابن عباس واي هريرة واي بكر رضى الله عنهم فتح القدير

(قوله ولا يقبل قول المعزول أي على من هو في يده إذا انكر وقال هي لي بأن المال الذي في يدي
يكون لعمره لا بينة لما بينا الخ مل (قوله إلا إذا بدأ بالاقرار الخ) بأن قال هذا المال لفلان بن فلان
غير الذي أقره القاضي المعزول ثم أقر بتسليم القاضي وقال دفعه إلى المعزول مل (قوله ثم أقر الخ ولم
بدأ بالدفع فقال دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان آخر فالقول قول المعزول
ويؤمر بالدفع إلى من أقره القاضي المعزول ولو قال صاحب ٨٦ اليد دفعه إلى القاضي المعزول
وقال هو لفلان من فلان أو قال
دفعه ولا أدري لمن هو فالمراد
يقبل قول المعزول كقائه
(قوله كانوا يجلسون الخ قال
الزبلي هذا غريب أقول
هذا مبني على أن مراد
صاحب الهداية رواية هذا
اللفظ وليس كذلك بل هذا
نقل بالمعنى يعني أنه وقع من
الصحابة الجلوس في المساجد
لفصل الخصومات ففي البخاري
لأن عمر عن مبرر رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأستد
الامام أبو بكر الرازي إلى
الحسن أنه رأى عثمان قضى في
المسجد وذكر القصة كذا في
فتح القدير (قوله ولا يقبل
هدية الخ والأصل في ذلك ما
في البخاري عن أبي حميد
الساعدي قال استعمل
النبي صلى الله عليه وسلم
رجل من الأزد يقال له ابن
التبينة على الصدقة فلما
قدم قام قال هذا لكم وهذا
قال عليه السلام هلا جلس في
بيت أبيه أو بيت أمه فينظر
أيهدى له أم لا وفي شرح
الافطع الفرق بين الرشوة
والهدية الرشوة يعطيه

به من هو في يده) لأن كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الآن يعترف
الذي هي في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها) لأنه ثبت باقراره أن
اليده كانت للقاضي فيصع اقرار القاضي كأنه في يده في الحال إلا إذا بدأ باقرار
لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ويضمن
قيمه للقاضي باقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي قال (ويجلس
للمحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء
لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والمأخض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا
قوله عليه السلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز
إقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من
دخوله والمأخض تخبر بعالمها فيخرج القاضي إليها وإلى باب المسجد ويبعث
من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس
في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس
قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الأمن ذي رحم
محرم أو من جرت عاداته قبل القضاء بمهاداته) لأن الأول صلة الرحم والثاني
ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى
لو كانت للغريب خصومة لا يقبل هديته وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد
أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتجماها ولا يحضر دعوة إلا أن تكون
عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فينتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في
هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد أنه يجيبه وإن كانت خاصة
كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها
لا يتخذها قال (ويشهد الجنابة ويعود المريض) لأن ذلك من
حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعندها

بشرط أن يغنيه والهدية لا شرط معها انتهى (قوله وفيما وراء ذلك الخ (هذين)
ثم أن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلفوا فيه بعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم
قالوا يردها على أربابها أن عرفهم وإلى إشار في السير الكبير فإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا أن الرد
يتعذر ليعدهم يضعها في بيت المال وحكمها حكم اللقطة وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدي
إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ع

(قوله نهى عن ذلك لما روى اسحق بن راهويه عن الحسن في مسنده قال جاء رجل فنزل على على فاضاه فلما قال ابي اريد ان خاصمه قال على تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا معه خصمه فتع (قوله سوى بينهما الخ المستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والاخر عن شماله لان لليمين فضلا وفي النوازل والفتاوى الكبرى غاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم ﴿ ٨٧ ﴾ من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقض بينهما فتع (قوله

هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه) لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليس وبينهم في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلغنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه احدهما) لانه يجزئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب به مهابة القضاء قل (ويكره تأقن الشاهد) ومعناه ان يقول له اشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتنقيح الخصم واستجسسه ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحضر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص (والتكفيل فصل في الحبس) قال (واذا

ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء الماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مما طلق في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره اما اذا ثبت بالبينه حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن ما حصل في يده كتمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والسكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال (ولا يجبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له

مالا فيحبسه) لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسلتان تؤيدان لقولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا او ثبت ذلك بالبينه

(قوله وفي اعتاق الخ اي احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول له ع (قوله والتخريج الخ يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا تردان نقضا على ما قال في الكتاب ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون ديننا على المدعى عليه مطلقا وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة ك (قوله انه ليس بدين مطلق فانه قد تقدم ان الدين الصحيح هو الا لا يسقط الا بابراء من له او بابقاء من عليه عناية

(قوله لغلبة الابق الف فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الابق فيمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها داخل البيت غالبا ع) قوله بشرائط وصفة ذلك بخارى الق عبده الى سمرقند مثلا فاغده سمرقندى وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضى بخارى ان يكتب بشهادة شهوده عنده يجب الى ذلك ويكتب شهد عندى فلان بان العبد الذى من صفته كيت وكيت لملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند

٨٩

فيه بالتعديد ولا يقبل فى الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابى يوسف انه يقبل فى العبد دون الامة لغلبة الابق فيه دونها عنه انه يقبل فيها بشرائط تعرف فى موضعها وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون قال (ولا يقبل الكتاب الابشهادة رجلين او رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الابجعة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجعة بخلاف كتاب الاستئمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضى الى المزكى ورسوله الى القاضى لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال (ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يخته بعضهم ويسلمه اليهم) كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابى حنيفة ومحمد لان علم ما فى الكتاب والحنم بعضهم شرط وكذا حفظ ما فى الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرائى من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابى يوسف ان الحنم ليس بشرط ايضا فسهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الجبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسى قول ابى يوسف قال (فاذا وصل الى القاضى لم يقبله لاجمعة الخصم) لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضى الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهد وانه كتاب فلان القاضى سلمه اليه فى مجلس حكمه وقضائه وقرأه عليهما وختمه ففحه القاضى وقرأه على الخصم والزمه ما فيه) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهد وانه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة للفتن والصحيح انه يقض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصا فى لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الحنم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه النطق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل احضاره قاضيا

بيد فلان بغير حق ليرسلها ويجعل على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسله الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهد اعنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى له به لان شهادة شاهدى الملك لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل فى عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعى بالسرقه ويكتب كتابا الى قاضى بخارا ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما فى الكتاب فاذا وصل الى قاضى بخارا او شهد بالكتاب وختمه امر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهد بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بمائت عنده ليبرء كفيله وفى رواية عن ابى يوسف

ان قاضى بخارا لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه او ما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرء الكفيل وصفة الكتاب فى الجوارى صفة فى العبد غير ان القاضى لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بهامعه على يد امين كى لا يطاؤها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ع

(قوله وكذلك لومات الخ اي لا يفيد كتاب القاضى فيه ايضا بل يبطل حكمه ن (قوله بخلاف ما اذا كتب الخ اي كتب من فلان ابن فلان قاضى بلد كذا الى من يصل اليه كتابي هذا من قضاء المسلمين فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف يجوز توسع فيه لما ابتلى بالقضاء ك (قوله لانه غير معروف حاصل الكلام انه في الصورة الاولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم فأتى بما هو شرط هو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم يصير غيره ٩٥ ﴿ تبعاله وفي الصورة الثانية من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط عينى (قوله فصل آخر قال

في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضى اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضى المكتوب امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب المحكم فان رأى له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعدد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحقه وهذا يدل على ان هذا الفصل من تنمة كتاب ادب القاضى الى القاضى لكن قوله اخريناقى ذلك لانه ليس في ذلك الكتاب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا اخر في ادب القاضى فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر ع (قوله وفي الجسامع الخ انما ذكر رواية الجامع الصغير بهذا اللفظ المذكور لان فيه فائدتين احدهما انه قيد فيه بالفقهاء لان القاضى اذا كان غير

آخر في غير عمله او في غير علمهما وكذلك لومات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا الى كل من تصل اليه من قضا المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معروف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معروف ولو كان مات الخصم بنفد الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضى الى القاضى في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعى في اثباتهما (فصل آخر) (ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها وقدر الوجه (وليس للقاضى ان يستغنى عن القضا الا ان يفرض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستغنى لانه على شرف الغرات لتوقفه فكان الامر به ادنا بالاستغنى دلالة لا كذلك القضاء ولوقضى الثاني بمحض من الاول وقضى الثاني فاجاز الاول جائز كافي الوكالة وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه بملكه فيصير الثاني نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (واذا رفع الى القاضى حكم ما كم امضاه الا ان يخالف الكتاب والسنة والاجماع بان يكون قولاً لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقض به القاضى ثم جاقاض آخر يرى غير ذلك امضاه) والاصل ان القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذه لا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجع الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمفهومه نفذ عند ابى حنيفة وان كان عامداً فيه رايان) ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفاً لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شئ قضى به القاضى في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابى حنيفة

عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد فلى قول العامة (وكذا)

لا يجب على الثاني تنفيذ حكمه والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك ففي رواية القدوري لم يتعرض ذلك وكان يحتمل ان يحمل قوله امضاه فيما اذا كان رأى القاضى الثاني موافقاً للحكم الاول واما اذا كان مخالفاً لايضيه واما رواية الجامع الصغير فيحكم بان ذلك الامضاء عام سوى المستثنات من مخالفة الكتاب والسنة والاجماع فانه لما كان يمضى حكم القاضى الاول فيما يخالف رأيه ينفذ فيما كان يوافقه اولى ن

(قوله) وكذا اذا قضى الخ يعني اذا قضى القاضى باحلال شىء في الظاهر فهو في الباطن كذلك ومن صورته رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي بجحد فاقام عليها شاهدى زور وقضى القاضى بالنكاح بينهما محل للزوج وطبها محل للمرأة التمكين عند ابيعينة وعند محمد مخرج لايجزلهما ذلك عيني (قوله) يجوز اى اذا غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد والا لان في الاستتار تضييع الحقوق دون غيره ع (قوله) لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل ٩١ * المصدق والكتب ولايجوز بناء الحكم على الدليل المعتمل الا ان الشرع جعلها

حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا او اقر بالحق لاجابة اليها عيني (قوله) فكذلك الجواب يعنى لا يقضى القاضى في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء ع (قوله) وفيه خلاف اى يوسف فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب اجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع للاثبات ع (قوله) ومن يقوم الخ لما

ذكر ان القضاء على الغائب لايجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك (قوله) كالوصى الخ احتراز عن المستخرج من جهة القاضى فان فيه اختلاف الرايتين فانه ذكر في التفسير اذا نصب القاضى مستخرا عن الغائب لايجوز لو حكم عليه لايجوز حكمه عليه وتفسير المستخران ينصب القاضى وكيلان عن الغائب ليسمع الخصومة عليه ن

(قوله) على الحاضر كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذواليد وقال الدار دارى واقام المدعى بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينصب الحاضر خصما عن الغائب لان ما يدعى على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب له لاجماله ك

وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضى في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقدمت في النكاح قال (ولا يقضى القاضى على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعى يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف اى يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتاب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقدر في تمامه في الجامع قال (ويقرض القاضى اموال الينامى ويكتب ذكر الخلف) لان في الاقراض مصلحة لهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه (وان اقرض الرضى ضمن) لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الرضى في اصح الرايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

(واذا حكم رجلان رجلا فعلم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولايجوز تحكيم الكافر والعبد والنمى والمعتود في الفنى والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين ان يرجع مالم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدر حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضى فوافق مذهبه امضاه) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (ولايجوز التحكيم في الحدود والقصاص

(قوله) على الحاضر كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذواليد وقال الدار دارى واقام المدعى بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينصب الحاضر خصما عن الغائب لان ما يدعى على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب له لاجماله ك

(قوله لانه لا ولاية الخ هو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود قالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بجهة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشل من تعليل المصنف (قوله لان العاقلة لاتعقله واما ارش الجراعات ان كانت بحيث لاتنحلها العاقلة وتجب في مال الجاني ان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم ويثبت ذلك ٩٢ بالافرار والنكول او كانت عمدا وقضى

على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث ينحلها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد يثبت الجنابة بالبينة وكان خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشرع وان قضى بها على العاقلة في العاقلة ما رضوا بعكسه (قوله لابد من اجتماعهما حتى لو حكم احد هما دون الاخر لا يجوز لانهما رضىا برأيهما ورأى الواحد لا يكون كراى الاثنين ن (قوله مسائل شتى ذكر في آخر كتاب أدب القاض مسائل منه كما هو دأب المصنفين ان يذكر روافي آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استندرا كالمفات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى او منشورة او منفردة وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم وانه لم يذكر بالتأخير لانه لا محالة ع (قوله فاذا اشكل يعنى اذا

لانه لا ولاية لهما على دمه ولهما الا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يقضى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لنجاسر العوام فيه وان حكماء في دم خطاهم فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذا التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في مالرده القاض ويقضى بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لاتعقله (ويجوز ان يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالافرار) لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لا يوبى وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراى والله اعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علولا رجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتدفيه وتداول ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة) معناه بغير رضاه صاحب العلو (وقال يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والمالك يقتضى الاطلاق والحرة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عندنا الخطر لانه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق المرتن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى من نوع ضرر بالعلوم من توهين بناء ونقضه فيمنع عنه

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة مستطيلة وهى غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى ان يقتعوا بابا في الزائفة القصوى) لان فتحة للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل

لم يعلم انه يضره ام لا لا يجوز المنع لان الاصل الاطلاق في تصرف ملكه عبنى (قوله على انه الاولى لا يعرى الخ اشارة الى ان القياس قول ابي حنيفة فوجب منعه ك (قوله وهى اى الزائفة الثانية المنشعبة غير نافذة ولا فرق في الاولى بين ان تكون نافذة او غير نافذة ان لاحق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة بنافذة لان المرور فيها حق العامة فلا لاهل الاولى فتح الباب فيها كفايه

(قوله يدعى الحق الخ لانه اذا فعل ذلك وتقدم العهد ربما يدعى شركة في الطريق في تلك الزايفة ويستدل على ذلك بالباب والميزاب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه ك (قوله وان كانت اى الزايفة الثانية مستديرة اى سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة فلكل واحد منهم ان يفتح بابيه في اى موضع شاء لانهما سكة واحدة من اولها الى آخرها وهى بينهم على الشركة ن (قوله فهو جائز والقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان تكون مانعة ٩٣ لسعوى اولافان كان الثانى صغ دعوى من ادعى

على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيه ما نحن فيه بجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيها نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه يقطع الشغب والحصام ذلك يتحقق بالبطل كما يتحقق بالحق ع (قوله اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة لانه قال جحدنى الهبة فاشترىتها منه واقام المدعى البيعة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته) لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعد هاتقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبلها ولم يقل جحدنى الهبة فاشترىتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها دعوى الشراء رجوع منه فعدم مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها (ومن قال لآخر اشترىته منى هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة رصعه ان يطأها) لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحد اذ اعزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضا فيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضاء البائع فيستبد بفسخه قال (ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انه زبوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا وجهه ان الزبوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالحياد فيصدق لانه انكر قبض حقه مجازا عن الآخر ن (قوله ولانه لما تعذر الخ دليل آخر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جعوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثانى يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده ع (قوله صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره ع

(قوله فلا يصق فيما اذا ادعى الزيافة بعد ذلك لانه تناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف الثمن فكان عبارة عن قبض حقه ايضا كـ (قوله ما زيفه بيت المال اى رده وفي المغرب زافت عليه دراهمه اى صارت مردودة عليه بغش فيها وقد زيفت اى ردت) (قوله لا يتفرد الخ قال في الكافي ذكر في الهدية ان احد المتعاقدين لا يتفرد بالغش وذكر ٩٤) قبله لانه لما تعذر استيفاء الثمن

بمخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن واستوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا ودلالة فلا يصق والنهجرة كالزيف وفي الستوة لا يصق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به فيما ذكرنا لايجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنهجرة ما يرده التجار والستوة ما يغلب عليها الغش قال (ومن قال لاخر لك على الف درهم فقال ليس لي عليك شئ ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شئ) لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجعة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وانكر الآخر له ان يصقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالغش كالا يتفرد بالعقد والمعنى فيه انه حقه ما بقى العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال (ومن ادعى على آخر ما لا قال ما كان لك على شئ قط فاقام المدعى البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الابراء قال زفره لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقبض ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ويم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق اظهر (ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء) وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذوا عطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رآه انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلاؤه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال (ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعاً زائدة فاقام البائع البينة انه يرى اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن ابي يوسف رآه انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصفي السلامة الى غيره فيستدعى وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهن الذكر الحق

من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بنفسه والتوفيق بين كلاميه صعب اقول لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهما لما اقرار المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالغش ع (قوله يتفرد بخلاف ما لو اقر بنسب عبد من انسان فكنا به المقر له ثم دعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة رجح النسب من المقر لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد الردك (قوله قبلت بينته ودلت المسئلة على ان التوفيق اذا كان ممكنا بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق (قوله فيكون مناقضا اى في دعواه قبول البينة يقتضى دعوى صحيحة ع (قوله اظهر لان ليس لنفى الحال فصار كانه قال ليس لك على شئ في الحال لاني قضيت حقك الا ترى انه لو صرح به يصحك (قوله فامكن التوفيق فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن ينولى الاعمال بنفسه

لا تقبل بينته (فهو) وقيل يقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة (قوله اعتبارا بما ذكرنا وهو التوفيق في الدين فانه لو انكر الدين اصل ثم ادعى قضاؤه فانه يسمع ولا يكون مناقضا لاحتمال التوفيق على ما ذكرنا فكنا ههنا وجه التوفيق ههنا هو ان يكون البائع وكيلا من المالك في البيع وكان المالك في قوله ما بيعتها صادقا قائم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضا

(قوله) او كتب في الشراء اي لو كتب صك الشراء او كتب في آخره فما ادرك فلان فيه من درك فعلى فلان خلاص ذلك الخ فان قيل هذا الكلام لغو لان الخلاص على فلان ضمان الثمن وهو عليه شرط ولم يشترط قلنا يكون اشتراط توكيد وفيه تعريض عن قول ابن ابي ليلى لان عنده ولا رجوع بدون الشرط (قوله) بطل الذكر كله اي يبطل الصك حتى يبطل الدين الذي فيه ويفسد الشرأمل (قوله) هو على الخلاص يعني قوله انشاء الله تعالى ينصرف الى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء ١٥٥ صحيح والمال المقرب له لازم عيني (قوله) لان الذكر الخ

اي لان الصك يكتب للاستيثاق والتأكيد لا للبطلان فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه عيني (قوله) كما في جريان ماء الطاحونة فان ايها مع المستاجر اذا اختلفا عدمه في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال فان كان جاري في الحال كان القول قول

رب الطاحونة وان لم يكن جاري كان القول قول المستاجر عيني (قوله) وهو يعتبره الخ فيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث في الحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق ع (قوله) لا يؤمر بالدفع الخ فاذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن او لا يضمن قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه

فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة وقال ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقوله ما استحسن ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستنباط انه ان الكل كشيء واحد يحكم العطف فيصرف الى الكل كافي الكلمات المعطوفة مثل قوله عبد محر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ولو ترك فرجه قالوا لا يلتحق به ويصير كفناصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعموته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كافي جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق (ولو مات المسلم له امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعموته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعموته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال) لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم المدافعون ويشهد لهم ظاهر الحديث ايضا قال (ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه) لانه اقران ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقرانه حق المورث وهو في اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض اذ ان اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك وبعموته بخلاف المدعيون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تنقض بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول) لانه لما صح اقراره للاول انقطع عنه المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكتوب له فصع

يضمن فكندا من وكيله وان سلمها له ان يسندوها قيل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهة ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث يثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به ع (قوله) ولا كذلك بعموته لانه زعم ان الميت لم يبق مالا وكان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير ع

(قوله اولم يقل الخ اما اذا قالوا لانعلم وارثا غير دفع اليه من غير كفيل ولا ثاني عندهم كـ) قوله او اعطى امرأة الغائب الخ هي امرأة تستنفق وزوجها غائب وله عند رجل ودیعة والمودع مقر بالودیعة والزوجة بالقاض يفرض لها النفقة ويأخذ منهما كفيل كـ (قوله ثابت قطعان لم يكن له وارث آخر يتيقن او ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع ولم يظهر عند الحاكم فانه امس بمكفي باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجّة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر الخ ع ٩٦ ﴿ (قوله لا يكفل اى لا يؤخذ الكفيل

من المشتري الذى اثبت شراءه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين النفس اثبت دينه على العبد حتى يبيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتري آخر قبله وغريم آخر في حق العبد فعلم ان المتيقن المعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لامر موهوم كـ (قوله لا كما ظنه البعض وتسبوا القول بان كل مجتهد مصيب الى ابي حنيفة وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة انه قال ابو يوسف بن خالد الشمنى فكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معنى هذا الكلام انه مصيب في حق عمله حتى ان عمله به يقع صحيحا شرعيا وان كان مخطئا للحق عند الله تعالى كـ (قوله وقع للميت لان الوارث قال هذا ميراث ولا ارث الا بثبوت الملك للورثة ولذا يقدم ديونه على الميراث وينفذ وصاياه منه كـ (قوله لصيرورة الحادثة الخ لا يقال موت القاض والشهود

وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند ابي حنيفة وقال لا يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيرهما ان القاض ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيعتناط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولا ي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفله لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اى ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن منهجه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال (واذا كانت الدار في يد رجل واقام الاخر لبيته ان

اباه مات وتركه اميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الندي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفل وهذا عند ابي حنيفة وقال ان كان الندي هي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المهر لانه أمين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجوده قد ارتفع بقضاء القاض والظاهر عدم الجود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاض ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على التكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر

ونسيانها للحادثة واحتراق الخريطة امور محتملة فكان الجود محتملا لان ذلك نادر والنادر لاحكم له ع (قوله لانه يحتاج فيه اى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه للانتقال من محل وامان النزع ابلغ فيه فلانه لما جحد من بيده يتصرف فيه لخيانته ولزعمه انه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه على يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا ع (قوله وصى الام والاخ والعم وانما خصم لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب الحفظ ن (لما جحد)

(قوله) لحاجته الى الحفظ والحفظ بالترك في يد اتم لانه يصير محفوفا صورة ومعنى لانه لو هلك في يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضامنا ولو اخذ من يده ووضع في يد اامين لا يصير محفوفا معنى لانه غير مضمون عليه كـ (قوله) لانه انشاء الخصومة لان ذال اليد بما لا يسامح نفسه في دفع الكفيل والاخر الحاضر يطالبه بالكفيل فينشأ الخصومة (قوله) اذا كان الكل الخ يعني لو ادعى احد على احد الورثة ديننا على الميت يكون هو خصما في جميع الدين ٩٧ ولا يكون قضاء على جميع الورثة ان كانت التركة جميعها في يده يعني

(قوله ذكره في الجامع ذكر فيه انه انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره كـ (قوله) فهو على ما فيه الزكوة اي يجب عليه صدقة جميع ما يملك من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكوة كالنقدين ومال السواقم واموال التجارة بقليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك يتعلق به الزكوة اذا انضم اليه غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولا يجب عليه التصديق بما لا يكون من جنس ما يجب فيه الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك كـ (قوله) لانها خلافة كهي اي كالورثة من حيث انها ما يثبت ان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب الموارث في كل عين ودين (قوله) اعم من لفظ المال لان لفظ الملك يطلق على المال وغيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة واسم المال لا يطلق على ما ليس

لحاجته الى الحفظ انما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشاؤها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقيين فيما يستحق له عليه ديننا كان او عينا لان المقضى له عليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائب عن غيره ولهند لا يستوفى الانصيبه وصار كما اذا قامت البينة بين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بين اليد فيقتصر القضاء على ما في يده (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلاث ماله فهو على ثلث كل شئ) والقياس ان يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجعة عنده وعند محمد لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجعة عنده ولا تدخل ارض الحراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقييد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا يختص في لفظ الملك فبقى على العموم والصحيح انها مساواة لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما املك لان حاجته هذه مقبلة ولم يقرب شئ من اختلاف احوال الناس فيه وقيل المجترى يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال (ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٧

بمال فاذا كان لفظ الملك اعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك في ان ينصرف الى كل مال فصار كانه قال كل مال املكه ما يتصدق به فهو صدقة فح ينصرف الى مال الزكوة وغيره كذا هذا (قوله) والمقييد الخ جواب عما يقال الصدقة في الامول مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعظيم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية ل

(قوله) لما في تصرف الوارث لوباع الوارث تركته الموارث بعد موته وهو لا يعلم هو جاز بيعه فكذا الوصي
ك (قوله) فيتوقف على العلم فان قيل اذا قال الرجل اشترى عبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وبيع
عبده صح من غير توقف على عمله اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على روايته الجواز انه يثبت ضمنا
والكلام في الوكالة التي تثبت قصدا ع (قوله) ومن اعلمه الخبر اى اذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط
صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك ﴿ ٩٨ ﴾ سواء كان بالغامس لماعدا ولا وعلى
اضاد ذلك بعدما كان مميزا
اجاز تصرفه ع (قوله) لانه
اثبات حق اى اطلاق مضم
لا يشتمل على شى من الالتزام
وما كان كذلك فقول الواحد
فيه كاف عيني (قوله) حتى
يشهد الخ اى ان يخبر بخبران
والمراد بالشهادة الاخبار لان
لفظ الشهادة ههنا ليس
بشرط ك (قوله) شاهدان
العدالة شرط في المخبرين
هكذا روى الحسن عن
ابى حنيفة لانه لو صح
هذا اخبر من الفاسقين
فكان الزام بقول الفاسق
وذلك لا يجوز وبه اخذ
الفتية ابو جعفر الهندوانى
وزعم انه هو المذهب
عند ابى حنيفة ومعنى
ما اطلق في الكتاب
محمول على ما اذا كان
لا يعلم حالهما بالفسق
والعدالة كذا في النهاية ك
(قوله) للحاجة الى الارسال
فانه ربما لا تفيق لكل احد
في كل وقت بالغ عدل
يرسله الى وكيله عيني
(قوله) والمسلم الذى لم
يهاجر الخ اى حربى اسلم

باع شيئا من التركة فهو وصى والبيع جائز ولا يجوبع الوكيل حتى يعلم وعن ابى
يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر
بالانابة قبله وهى الوكالة وجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لضافتها
الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة
فانابة اقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم
لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصى (ومن اعلمه من
الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام امر قال (ولا يكون النهى
عن الوكالة حتى يشهد عند شاهدان او رجل عدل) وهذا عند ابى حنيفة
وقلا هو الاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية وله انه
خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شرط بها وهو العددا والعدالة
بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة
الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبدك والشفيع واليكبر
والمسلم الذى لم يهاجر اليه قال (واذا باع القاضى او امينه عبد للغرماء واخذ
المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان امين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى
قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعدا الناس عن قبول هذه
الامانة فتضيع الحقوق يرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع
عليهم عند تعدد الرجوع على العقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع
بطلبهم (وان امر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال يرجع المشتري على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كباقامة
القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ويرجع الوصى على الغرماء) لانه عامل
لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة
التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت فالوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه
اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا (فصل آخر) (واذا قال القاضى قد
قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه
وسعتك ان تفعل) وعن محمد انه راجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله

في دار الحرب ولم يهاجر فاخبر بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اثنين (حتى تعين)
لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاؤها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى
الاختلاف الذى قلنا فعنده لا يلزمه خلافا لهما وقال شمس الاثمة السر خسى والاصح عنده انه
يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول الله صلى الله عليه وسلم ك

(قوله الا في كتاب القاضى اى الى القاضى فانهم لم يأخذوا فيه بهذه الرواية واخذوا بظاهر الرواية غي
(قوله وقال الامام الخ) الى ظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقال الامام
ابومنصور الخ ع (قوله فان احسن التفسير) بان يقول في حد الزنا انى استفسرت المغرب الزنا كما هو المعروف
فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت عندى بالحجة انه اخذ منه نصابا من حرز لاشبهة
فيه وفى القصص انه قتل عمدا ﴿ ٩٩ ﴾ بلاشبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب

جهله غير الدليل دليلا ك
(قوله انهما اى ان القاضى
والمأخوذ منه المال او
المقطوع يده عيني (قوله
لانه الخ) ولانا لو اوجبنا
اليمين على القاضى فى
مواضع اليمين لامتنع الناس
عن الدخول فى القضاء
فينتعلل امر الناس (قوله
ولا يمين على القاضى)
لانه لو لزمه اليمين فصار
خصما وقضاء الخصم لا ينفذ
والقاضى امين لا خصم ك
(قوله ولو اقر الخ اى لو اقر
القاطع بامر القاضى او اخذ
المال بامر القاضى بالقطع
والاخذ بقضاء القاضى
لا يضمن ايضا كالقاضى لانه
اى لان القاطع او الاخذ
فعله فى حالة القضاء فلا يضمن
ن (قوله لانه اسند الخ)
لما ر ان حالة القضاء تتنافى
الضمان فالقاضى بذلك
الاسناد منكر والقول للمتكسر
(قوله فى هذا الفصل اى
فى هذه الصورة وهى صورة
زعم المقطوع به والمأخوذ
ماله ان القاضى قطع واخذ
ماله قبل التقليد او بعد
العزل ن (قوله يضمنان

حتى تعابن الحجة لان قوله يمتثل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى
هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر
القضاة فى زماننا الا فى كتاب القاضى للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه
اخبر عن امر يملك ان شاءه فيقبل لملوه عن التهمة ولان طاعة اولى الامر
واجبة وفى تصديقه طاعة وقال الامام ابومنصور ان كان عدلا عالما يقبل
قوله لانه عدم تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن
التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل
الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال (واذا عزل القاضى
فقال لرجل اخذت منك الفادفعتهما الى فلان قد قضيت بهاله عليك
فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضى وكذا لو قال قضيت بقطع
يدك فى حق هذا اذا كان الذى قطعت يده والذى اخذ منه المال مقرين
انه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك فى قضاءه كان
الظاهر شاهدا له اذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت
فعله فى قضاءه بالتصادق ولا يمين على القاضى (ولو اقر القاطع والاخذ بما
اقر به القاضى لا يضمن ايضا) لانه فعله فى مال القضاء ودفع القاضى صحيح كما
اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع به والمأخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد
او بعد العزل فالقول للقاضى ايضا) وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة
معهودة متنافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت واتا مجنون والمجنون
منه كان معهودا (ولو اقر القاطع او الاخذ فى هذا الفصل بما اقر به القاضى يضمنان)
لانهما اقرار بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى
ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضاءه بالتصادق
(ولو كان المال فى يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضى والمأخوذ منه المال
صدق القاضى فى انه فعله فى قضاءه او ادعى انه فعله فى غير قضاءه يؤخذ منه)
لانه اقراران اليك كانت له فلا يصدق فى دعوى تملكه الابحجة وقول المعزول فيه
ليس بحجة

كتاب الشهادات

فان قيل قد وجد منه الاسناد ايضا الى حالة معهودة متنافية للضمان فيجب ان لا يضمن كالقاضى قلنا
ان هذه جهة يعارضها ما هو اقوى منها يقتضى وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه
جهة قطعية لكون اقرار كل سفر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضى فى حقهما حجة
ظاهرة لا قطعية والظاهر انه لا يعارض القطعى ن

(قوله ولا يأتى الشهادة إذا مادعو أو انتهى عن الإباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء) (قوله ولا تكتنموا الشهادة الخ هو الظاهر ويدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة والنهى عن أحد النقصين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فإذا كان الكتمان بينهما فيكون الاظهار ثابتا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا) (قوله فإنه آثم قلبه وعبد واستعقاق الوعيد بنترك

﴿ ١٥٥ ﴾

الوجب ثم لم يقتصر على قوله فإنه آثم لزيادة التأكيد لما ان اسناد الفعل الى الجارحة التى يعمل بها اثم من الاسناد الى الجملة ولأن القلب رئيس الاعضاء والمضغة التى ان صلح صلحت البدن كله وان فسدت فسدت البدن كله (قوله فيستوقف الخ وقصص بما اذا علم الشهادة الشاهد ولم يعلم بهما المدعى ويعلم الشاهد انه لو لم يشهد يضع حقه فإنه يجب عليها لشهادة ولا تطلب ثمة والجواب انه الحنفى بالمطلوب دلالة فان موجب الاداء عند الطلب احياء والحنفى وهو فيما ذكرتم وجوده فالحنفى به ع (قوله عن النبي صلى الله عليه وسلم للبخارى عن ابن عباس فى حديث ما عرقاله عليه السلام لعلك قبلت او غمرت او نظرت قال لا قال افنكتها قال نعم فعند ذلك امر برجمه انتهى واخرج ابو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال (الشهادة فرض تلزم الشهاد ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى ولا يأتى الشهادة اذا مادعو او قوله تعالى لا تكتنموا الشهادة ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيستوقف على طلبه كسائر الحقوق (والشهادة فى الحدود يحجر فيها الشاهد بين الستر والاظهار) لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر افضل) لقوله عليه السلام للنبي شهدا عنده لو سترته بثوبك لكان خير لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الرداء عن النبي عليه السلام واصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر (الانه يجب له ان يشهد بالمال فى السرقة فيقول اخى المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجمع القطع فلا يحصل احياء حقه قال (والشهادة على مراتب منها الشهادة فى الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدهن واعلمهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهدا (ولا يقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعد ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تندرى بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ولا يقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا قال (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل امرأتين سواء كان الحنفى مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية) ونحو ذلك وقال الشافعى لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لاتصلح للامارة ولهذا لاتقبل فى الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم وحدهن الا انها قبلت فى الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود

ما خالك سرق قال بلى فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع انتهى (قوله يعتبر فيها اربعة ما بينتى) من الرجال اما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمى وغيره فالظاهر منه ان الله تعالى لستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ع (قوله وتوابعها كالاغارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار كفايه) (قوله والنكاح وكذا الطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديلات والعفو عن القصاص ع

(قوله) وهو المشاهدة الخ اى اهلية قبول الشهادة بالولاية المشاهدة والضبط وحسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء اذنى لفظ الكتاب نوع خلل لانه لا يثبت بها اهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للمعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم كـ (قوله) وعدم قبول الخ ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لانقصان في عقلهم فيما هو مناط التكليف وما روى عنه صلى الله عليه وسلم انهن ناقصات عقل ﴿ ١٥١ ﴾ فالمراد منه العقل بالفعل وهو ان تحصيل النظريات

المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكنساب ولذلك لا يصلح الولاية والخلافة والامارة وبهذا اظهر الجواب عن الثاني ايضا كذا قيل لـ (قوله) ليخلف النظر الى النظر الى العورة حرام الا انا اعتبرنا نظره جنسها لان نظره المرأة الى عورة المرأة اخفى من نظره الرجل الى عورة المرأة عيني (قوله) اخفى لعدم الشهوة ولهذا بعد الموت يغسل المرأة المرأة والرجل الرجل كـ (قوله) لما فيه من معنى الالتزام ولهذا يشترط الحرية والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القاضى كـ (قوله) في الطلاق اى باب ثبوت النسب وهو قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجأت بولد بستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة كـ (قوله) يثبت بقولهم الى في الحال وقيام العيب في الحال شرط لصحة الخصومة كـ (قوله) فصار

ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضى وهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فما يندرى بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال (ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف والام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعى في اشتراط الاربع لانه انما سقطت الذكورة ليخفى النظر لان نظره الجنس الى الجنس اخفى فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثني والثلاث احوط لما فيه من معنى الالتزام (ثم حكمها في الولادة

شرحناه في الطلاق) فاما حكم البكارة فان شهادتين انما يكرى بوجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشترها بشرط البكارة فان قلن انما ييب يعلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيخلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عندنا ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال (ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد

لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته) اما العدالة فلعله تعالى من ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لان لا يستأجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعى لا يصح والمسئلة معروفة واما الغظة الشهادة

الخ 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 فيه النساء (قوله) من العدالة واحسن ما قيل في تفسير العدالة ما نقل عن المصنف من ان العدالة في الشهادة ان يكون مجتنباً عن الكبائر ولا يكون مصراً على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطئه نـ (قوله) والاول صح الى عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذا وجهة او لم يكن اصح لان قبول الشهادة اكرام للشاهد بحيث يحى به الحقوق ونحو امرنا باهانة الفاسق

(قوله) نطقت باشتراطها اي وردنظم النصوص بلفظة الشهادة والشهاد والاستشهاد بلفظ الشهادة والاشهاد والاستشهاد هو قوله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تباعدتم واشهدوا عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد لان يكون اشتراطها بتلك اللفظة صريحا والى هذا اشار بقوله اذا الامر فيها بهنـه اللفظة فاذا جاز الامر بهنـه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر واما تبديل لفظ الله اكبر بالله اجل اذا الله اعظم وان ورد صريح النص به في قوله تعالى وربك فكبر فبحصول ﴿ ٢٥٢ ﴾ المقصود وهو التعظيم والتبجيل فتأمل

فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا الامر فيها بهنـه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين كقوله اشهد بالله فكان الامتناع عن التكذب بهنـه اللفظة اشهد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالتزام حتى اخنص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام قال (ابو حنيفة يقتصر الحماكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محمدا في قنن ومثل ذلك مروى عن عمر ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية اذا لا وصول الى القطع (الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارقة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح (وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والقنوى على قولهما في هذا الزمان (ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمضى ويردها المعدل) وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيجتمع او يقصد (وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد) لينتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول وقع الاكتفاء في السر في زماننا تجرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تركية العلانية بلا وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو محرر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال (وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تركيته لكن عند محمد يضم تركية الآخر الى تركيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطاوا ونسوا ما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال

ل (قوله) مروى عن عمر كتب عمر رضى الله عنه كتابا الى ابي موسى رواه الدار قطنى وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الامم ودا في حدل (قوله) فيشترط لاستقصاء فيها اذا السؤال عن العدالة ربما يفضى الى الدور والنفع فيجب السؤال احتيالا له ل (قوله) ولان الشبهة الخ اي العدالة وان كانت ظاهرة فكذلك احتمال كونه غير عدل ثابت فتعمل هذه الشبهة بالدرل (قوله) المستورة هو اسم الرقعة التي يكتبها القاضي ويبيعها سرا بيد امينه الى المذكى سميت بذلك لانها تستر عن نظرل العوامك (قوله) ويردها المعدل الخ بانه اذا وصل الرقعة الى المذكى فالمذكى يسأل عنهم من اهل معرفتهم ومن جيرانهم واهل محليتهم فان لم يجدوا فمن اهل سوقهم فاذا قال المسؤول عنه هو عدل يكتب المذكى في آخر الرقعة انه عدل مرضى عندى جائز الشهادة ومن عرف فسقه يصرح به ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب

القاضى مستور عيني (قوله) تجرزا عن الفتنة لان الشهود يقاتلون المذكى ويقع وبينه وبين الشهود عداوة (رسول) عيني (قوله) بلا وفتنة اذا الشهود والمدعى يقاتلون الجارح بالادىك (قوله) وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحرية وانما يسأل عن عدالته (قوله) وموضوع الخ جواب عما يقال تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق

(قوله وعلى هذا الخلاف يعنى يكفى الواحد للرسالة والترجمة عند الشيخين وعنده محمد لابن
انثين فلا يتعداها أى فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية فان قيل فيلحق هنا بالدلالة
وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان فى معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق
فنعذر اللاحق مل (قوله وكذا العدد الخ فيه بحث لان اشتراط العدد فى تزكية العلانية ينسأ فى عدم
اشتراط ذلك فى تزكية السر ١٥٣) لان المزكى فى السر هو المزكى فى العلانية والجواب ان

الخصافى شرط ان يكون المزكى
فى السر عين المزكى
فى العلانية فيجوز ان يكون
العدد شرطا فى احدهما دون
الآخر واليه اشار بقوله على
ما قال الخصافى ع (قوله
ما ثبت حكمه بنفسه أى من
غير احتياج الى الاشهاد
الانترى ان حكم البيع وهو
ثبوت الملك فى المبيع
للمشتري وفى الثمن للبائع
يثبت بنفس العقد وكذا
فى نظائره مل (قوله قال
الله تعالى الخ التمسك بالآية
على قوله وسعه ان يشهده
لانه اطلق اداء الشهادة
بمجرد العلم وقد حصل
ذلك بالرؤية فى المرويات
وبالسمع فى المسوعات والعلم
شرط جواز الاداء حيث جعله
حالا فى قوله تعالى وهم يعلمون
والاحوال شروط وشروطا
فى قوله عليه السلام اذا علمت
الخ ك (قوله وهم يعلمون
قيل جعل العلم بالموجب
ركنا فى الاداء مما لى للتعيين
جميعا فانهما يدلان على
شرطيته اذا الاحوال شروط
واذا موضوع للشرط واجيب
بانه مجاز عن الشرط وانما

رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحد اجاز والاثنان افضل) وهذا
عند ابي حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان والمراد منه
المزكى وعلى هذا الخلاف رسول القاضى الى المزكى والمترجم عن الشاهد
له ان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القضا تبتنى على ظهور العدالة
وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط المذكورة
فى المزكى فى الحدود والقصاص ولهما انه ليس فى معنى الشهادة ولهذا
لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء اشتراط العدد امر حكى
فى الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط اهلية الشهادة فى المزكى فى تزكية السر)
حتى صلح العبد من كى فاما فى تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع
على ما قاله الخصافى لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة
فى تزكية شهود الزنا عند محمد (فصل) وما يتعمله الشاهد على ضربين
احدهما ما ثبت حكمه بنفسه مثل البيع والافرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد وراه وسعه ان يشهده وان لم يشهد عليه
لانه علمه هو الموجب بنفسه وهو الركن فى الملاقى الاداء قال الله تعالى
الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم اذا
علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قال (ويقول اشهد انه باع ولا يقول
اشهدنى) لانه كذب (ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر
للقاضى لا يقبله) لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم (الا اذا كان دخل
البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس فى البيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه ان يشهد) لانه حصل
العلم فى هذه الصورة (ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على
الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له ان يشهد على شهادته الا
ان يشهد عليهما) لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تنصير موجبة بالنقل
الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتعميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه
يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد) لانه ما حملة وانما حملة
غيره قال (ولا يعمل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة)
لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما

عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه ع (قوله وقال النبى الخ قلت اخرج البيهقى
فى سننه والحاكم فى المستدرک فى كتاب الاحكام عن ابن عباس ان رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم
عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد اودع انتهى ت (قوله ومنه
ما لا يثبت الخ هذا بيان للضرب الثانى من الضربين الذين ذكرهما بقوله وما يتعمله الشاهد الخ عينى

(قوله شهادته الخ الى شهد الشهود عند القاضي فثبتت في قسطه اي خربطته وجام المشهود له يطلب الحكم ولم يعفظه القاضي مل (قوله او قضية اي وجد حكمه مكتوما في خربطته ن (قوله ولا كذلك الخ اي اذا وجد الشاهد شهادته في الصك وعلم انه خطه لايحمله ان يشهد بمجرد هذا لان الصك في يد غير القاضي فلا يكون تحت ختم يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فلا يحصل العلم بذلك مل (قوله ويتعلق بها احكام كالارث في النسب والموت والنكاح ١٥٤) وثبتت الملك في قضاء القاضي

يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قسطه فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يده غير وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة واخبره قوم ممن يثق به ان اشهد نائحين وانت قال (ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والنفول ولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بهما من يثق به) وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلولا لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى المخرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر واخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليجعله نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذا الانسان بهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض المخرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا وكذا لو رأى انسانا جالس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينسبط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الزوج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاية والوقف وعن ابي يوسف آخره انه يجوز في الولاية لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاية لحمية كلحمية النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على امر الاعصار الا اننا نقول الولاية يتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة

بالتسامع

سأله القاضي هل كنت حاضرا قال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين زواج النبي صلى عليه وسلم وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي انه يشهد بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا ع (قوله انه يجوز في الولاية الا يرى ان اشهد ان قنبر مولى على رضى الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنه وان لم تذكر ذلك ك

وكمال المهر والعدة والنسب في النفول ع (قوله وانما يجوز الخ جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتاب اذا العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه وتقرير الجواب اننا لنسلم ان لا علم فيما نحن فيه لانه انما يجوز الخ عني (قوله) ويشترط ان يخبره الخ هذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبت الشهادة عند هما يخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار باقظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها القبح (قوله) وينبغي ان يطلق الخ والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق بعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادة عن علم ولا كذلك اذا فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد ك (قوله) وكذا اذا رأى الخ اي جازله ان يشهد بانها امرأته فان

(قوله في اصله قال الامام ظهور الدين المرغيناني لابد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكر واذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعدما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا يبدأ من غلة فيصرف الى كذا ولو قالوا تلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم ك (قوله ومن كان الخ صورته رجل رأى عيناً في يد انسان ثم ﴿ ١٥٥ ﴾ رآها في يد آخر والاول يدعى الملك وسعه ان يشهد

انه للمدعى ل (قوله انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يجعله ان يشهد بالملك لدى اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة ك (قوله تفسير الاطلاق محمد بن الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصريف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والمالك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحده وده دون المالك استعسانا لان النسب يثبت بالتسماع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يجعل له اما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف وانهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن نفسيهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يد على انفسهما فيدفع يد الغير عنهم فان علم دليل الملك وعن ابي حنيفة انه يجعل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبار اباليثاب والفرق ما بيناه

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال (ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال وهو رواية عن ابي حنيفة يقبل فيما يجري فيه التسماع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خال فيه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعانة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موفى والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يقتصر الى التمييز بالاشارة بين المشهود والمشهد عليه ولا يميز الاعمى الابنغم وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحذود والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد فان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصبر ورتهاجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن اوفسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت

الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه ع (قوله بخلاف ما اذا ماتوا الخ جواب عما يقال لانسلم قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء ولا اهلية عنده عنابه

(قوله لكونه مانعا عن القننى لان فيه معنى الزجر لانه يؤلم قلبه كما ان الجلد يؤلم بدنه وقد آذاه
بلسانه فعوقب باهدار منفعة لسانه جزرا وفقا فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجلب لان رد شهادته
من تمام الحد واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم كـ (قوله الاستنثار ينصرف الخ لان الاستنثار
ليس برافع الى جميع ما تقدم اذ من جملة قوله تعالى فاجلك وهم ولا يقع الجلب بالتوبة عينى (قوله
قد شهدته الخ لانه لا بد في حد القننى من رد الشهادة وانما ﴿ ١٥٤ ﴾ حصلت له الشهادة بعد العنق

يرد شهادته الان تنميما
للحد عينى (قوله الاجير
مسانهة الخ وهو الاجير
الواحد وما شهادة المشترك
فمقبولة لان منافعه غير
مملوكة للمستأجر ولهذا
له ان يورث نفسه من غيره في مدة
الاجارة ع (قوله ولهذا اى
لاجل تمييز الاملاك وتحيز
الايدي يجرى القصاص
بينهما بان يقبض من احدهما
بدين الآخر وكل من كان
كذلك يقبل شهادته في حق
صاحبه كالآخرين والاعمام
عينى (قوله من النفع اى
النفع الحاصل منه للشاهد
فان كل واحد منها بعد نفع
صاحبه نفع نفسه لـ (قوله
كما فى الغريم اذا شهد الخ
حيث يقبل شهادته وان كان له
فيه نفع لان النفع فيرتفع
حصل ههنا لـ (قوله بخلاف
شهادة الخ جواب عما ذكر
الشافعى ووجهه ان الغريم لا
ولا يلقه على المشهود به
اذهمال المديون ولا تصرف
له عليه بخلاف الرجل فانه
لكونه قواما عليها هو الذى
يتصرف فى مالها عادة لا يقال
الغريم اذا ظفر بجنس حقه

وبالغيبة ما بطلت قال (ولا الملوكة) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلى
نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره ولا المحدث فى قننى وان تاب لقوله
تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد
التوبة كاصله بخلاف المحدث فى غير القننى لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعى تقبل اذ تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او
هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر فى قننى ثم اسلم يقبل شهادته)
لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالا سلام حدثت له شهادة
اخرى بخلاف العبد اذا حدث ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حد يرد
شهادته بعد العنق قال (ولا شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة
الولد لابويه واجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا يقبل شهادة
الولد لوالده ولا الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره لان المنافع بين الاولاد والاباء
متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او
تتمكن فيه التهمة قال المراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذى بعد
ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع باهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مسانهة ومشاهدة وامياومة
فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال
(ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر) وقال الشافعى تقبل لان الاملاك بينهما
تميزة والايدي متحيزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما
ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفسد
ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا
لنفسه من وجه او يصير مقبها بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على
المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن
على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا

لمكاتبه

بأخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان ع (قوله سنة محرمة سال
اصله سنته او سنوه سانه مسانهة سال سال داداور اچيزى وسالته كردورا بركارى من تمام الاية
والدين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهاد فاجلك وهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا
واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا الاية

(قوله لما قلنا اى من كون الحال موقوفا مرعى لانه ان اولى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤدها رفيقا فكانت شهادة لنفسه ع (قوله لانه شهادة لنفسه اى فى البعض ذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية اذهى شهادة واحدة ع (قوله من الافعال اى افعال النساء من التزين بزيئتهن والتشبه بهن فى الفعل والقول فالفعل مثل كونه محل اللواطة والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها بالنعناع عني (قوله ولا بد من الشرب على اللها واطلاق الشرب

على اللهو في حق المشروب
ليتناول جميع الاشربة
المحرمة من الخمر والسكر
وغيرهما فان الادمان شرط
في الخمر ايضا وفي فتاوى
فاضيخان رح ولا تقبل
شهادة مدمن الخمر ولا مدمن
السكر ثم قال وانما
شرط الادمان ليظهر ذلك
عند الناس فان من اتهم
بشرب الخمر في بيته لا يبطل
عده الله وان كانت كبيرة وانما
يبطل اذا ظهر ذلك او يخرج
سكران فيسخر منه الصبيان
لان مثله لا يجترز عن الكذب
ك (قوله بابا من السكابر
الخ اختلفوا في تفسير
الكبيرة قال بعضهم هي
السمع التي ذكرها رسول الله
عليه السلام في الحديث
المعروف وهو الاشراف بالله
والفرار من الزحف وعقوق
الوالدين وقتل النفس
بغير حق ونهب المومن
والزنا وشرب الخمر وهو
قول اهل الحجاز واهل
الحديث وزاد بعضهم على
هذا السمع اكل الربوا والاكل
مال اليتيم بغير حق وقال
بعضهم ما كان خراما لعينه

لما قلنا) (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لا شترا كما ولو شهِد بماله ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال (ولا تقبل شهادة مخنث) ومراد المخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسرفه و مقبول الشهادة (ولانائفة ولا مغنية) لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائفة والمغنية قال (ولامن من الشرب على اللهور) لانه ارتكب محرم دينه (ولامن يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يبق على عورت النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ (ولامن يلعب بالطنبور فهو المغنى قال (ولامن يغنى للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال (ولامن ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق قال (ولامن يدغل الحمام من غير ميئزر) لان كشف العورة حرام (او يأكل الربوا او يقام بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساعا و شرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجوع مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال (ولامن يفعل الافعال المستحقة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما ارقعه فيه الاتدينه وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطى اما الخطابية فهم من علاه الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم قيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قال (وتقبل شهادة اهل التهمة بعضهم على بعض وان اخلف ملهم)

فهي كبيرة واصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الائمة الحلواني رح انه قال ما كانت شنيعا بين المسلمين وفيه
هناك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحب عليها
من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الزخيرة ك (قوله كالبول على الطريق وذكر الكرخي
لاتقبل شهادة من مشى في الطريق بسر او بيل ليس عليه غيره ن

(قوله فصار كالمترد لاتقبل شهادة المترد لجنسه وخلاف جنسه وعليهما فكذا الكافر ك) (قوله اجاز شهادة الخ قلت غريب بهذا اللفظ وهو غير مطابق للحكمين فان المصنف قال وتقبل شهادة اهل النمة بعضهم على بعضهم وان اختلفت ملهم ثم استدل بالحديث ولو قال اهل النمة عوض النصارى اكان اولى وموافقا للعلمين اعنى اتحاد الملّة واختلفهما هكذا اخرج ابن ماجه في سننه عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل النمة بعضهم على بعضهم انتهى ات (قوله

١٥٨

وملأ الخ جواب لما يقال كما ان بين المسلم والنمى معاداة فكذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي ان يكون اختلاف المسلم مانعا ك (قوله الاقل هو من لم يغتن وابو حنيفة ر ح لم يقدر له وقتا معينا اذا المقادر تعرف بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمناغرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشرين وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روى ان الحسن والحسين رضى الله تعالى عنهما خفنا اليوم السابع او بعده ولكنه شاذ ع (قوله لانه اى لان ترك الختان لا يخل بالعدالة لان الختان سنة وترك السنة لا يخل بالعدالة وعن ابن عباس رضى الله عنهما لاتقبل شهادته ل (قوله عدلا قال الزيلعي في تخريجه انه يوجد في بعض نسخ الهداية وعن ابن عباس لاتقبل شهادة الاقل ولا تقبل صلواته ولا تؤكل ذبيحته انتهى وقد اخرج

وقال مالك والشافعي لاتقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لاتقبل شهادته على المسلم فصار كالمترد ولما روى ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجنب ما يعتقده محررم دينه والكتب مظهر الاديان كما يغلاني المترد لانه لا ولاية له وبغلاف شهادة النمى على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغظه قهرة اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا يهر فلا يحرمهم الغبط على التقول قال (ولاتقبل شهادة العربي على النمى) اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان النمى من اهل دارنا وهو اعلى حالته وتقبل شهادة النمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى النمى (وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والتركى لاتقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف النمى لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل من يجنب الكبائر قبلت شهادته وان المبعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذا لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الامام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابيه وهو مفتوح احياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الاقل لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا (والخصى) فان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يد قال (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لاتقبل في الزنا لانه يجب ان يكون غيره ككفله فينتهم قلنا العمل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل ارا امرأة وشهادة المجنسين مقبولة بالنص قال (وشهادة الاعمال جائزة) والمراد اعمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق

ابن ابي شبة في مصنفه ل (قوله عمال السلطان وهم الذين يعيّنون السلطان في اخذ الحقوق (الا) الواجبة للخراج وزكوة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بايديهم ويواجبون انفسهم لان الناس من قال لاتقبل شهادة هؤلاء وانما اورد هذه المسئلة رد القول هذا القائل لان كسبهم اطيب الكسب على ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من ياكل من كسب يده فلا يوجب ذلك خرجا

(قوله اذا كان وجبها الخ لعله يريد به اذا كان عونا على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك وبديل على ذلك تمثيلا بمامر عن أبي يوسف في الفاسق ع) (قوله لعود المنفعة اليه وهذا لان الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما والغريمان قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما أو يبرأ بالدفء اليه والوصيان قصدا من يغنيهما عن التصرف في مال الميت والموصي لهما قصدا من يدفع اليه حقوقهما) (قوله ١٥٩) والوصيان الخ جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فالقاضي

لا يحتاج الى نصب وصي آخر على الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فتتمكن التهمة في الشهادة ك) (قوله بخلاف ما اذا انكرا الخ أى بخلاف ما اذا كان الموصي جاحدا لان القاضي ليس له اجبار أحد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه ح لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فيصير الشهادة موجبة فبطل بمعنى التهمة ك) (قوله تقبل الشهادة قيل معنى القبول امر القاضي اياها باداء ما عليها اليه لا ببراءتها عن الدين بهذه الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها ك) (قوله مما لا بدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه والبينة انما تقبل على ما يندخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه ك) (قوله الا اذا شهدوا الخ استثناء من قوله لان الفسق وهو مقطوع بمعنى لكن عيني

الا اذا كانوا عونا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجبها في الناس ذا مروءة لا يجازي في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق لانه لو جاهدته لا يقسم على السكتب محقا للمروءة ولما بهتة لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال (واذا شهد الرجلان ان أباهما وصى الى فلان والوصي يدعى ذلك فهو جائز استحسننا وان انكر الوصي لم يجز) وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصي لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فافيكفى القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لأن يثبت بهاشي فصار كالقرعة والوصيان اذا اقر أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكر أو لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين الميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وان شهد أن أباهما الغائب وكله يقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لم تقبل شهادتهما) لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا بدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالتزام ولانه هنك الستر والستر واجب والاشاعة مرام وانما يبرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يندخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك تقبل) لان الاقرار مما يندخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالى النسي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه

(قوله لان الاقرار مما يندخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الالتزام لانه لا يرتفع بالتوبة ولانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وانما حكوا اظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصبرون فاسقين فيثبت المشهود به ك) (قوله والاستيجار الخ جواب سؤال مقدر بان يقال بان هذا ليس بجرح مجرد بل هو اثبات امر زائد وهو استيجار المدعى وهو اثبات لحق المدعى فيثبت في ضمنه الجرح وحاصل الجواب أنه نعم كذلك الا ان المدعى عليه ليس بنائب عن المدعى في اثبات الحق له بل هو اجنبي عنه فبقي جرحا مجردا مل

(قوله) ولهذا قلنا أى لما قلنا من أن الشهادة على المجرم المجرد لا يقبل وهو ليس فيه حق الله أو حق العبد قلنا أنه الخ عجيب وهذا فإنه ليس له ذكر في الهداية فكان المناسب أن يقول ولهذا لو اقام البينة الخ مل (قوله) فان كان عدلا الخ وان كان غير عدل يرد شهادته مطلقا أى سواء قال في المجلس أو بعده في موضع التهمة أو غير موضع (قوله) بتلبس أى على الشهود وباطماع المدعى الشهود وبغنام الدنيا وأيضاً يوهم النقصان من المدعى عليه بمثل ذلك ع (قوله) ولأن المجلس الخ دليل آخر على ذلك وفيه إشارة ١١٥ الى ما قاله شمس الأئمة السرخسي

فان هذا الدليل يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان مل (قوله) وعلى هداى على اعتبار اتهماد المجلس في عدم التلبس واعتبار اختلافه في وجود التلبس مل (قوله) اذا وقع الغلط في بعض الحدود بان يذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس أو في بعض النسب بان يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلاً فقبل اذا تذكر في مجلسه ولا تقبل بعده ك (قوله) وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعى أو المدعى عليه أو ترك الإشارة الى المدعى أو المدعى عليه ك (قوله) أنه يقبل الخ أى يقبل في غير المجلس أيضاً في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبس والتغيير والظاهر ما ذكره أو لامن تعييد ما فيه شبهة التغيير بالمجلس ع (قوله) والظاهر الى ظاهر

وكذا اذا أقامها على أن صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا أنه لو اقام البينة ان الشاهد عبد الرحمن وقد دفع في قفنى أو شارب خمر أو قاذى أو شريك المدعى تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهادتي فان كان عدلاً جازت شهادته) ومعنى قوله أو همت أى أخطأت بنسيان ما كان يعنى على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد ينسى بمثله المهابة بحاس القضاء فكان العذر واضعاً فتقبل اذا تذكره في أوائه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أو همت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبس وخيانة فوجب الاحتياط ولأن المجلس اذا اتحد لمحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود وفى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظه الشهادة وما يجري مجرى ذلك ان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلاً وعن ابي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلاً والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل) لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد أحدهما باللفظ والآخر بالعين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الف اذا كان المدعى يدعى الالفين) وعلى هذا المائة والمائتان والاطقة والطاقتان والطلقة والثالث لهما انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالالف والالف والخمسائة لأبي حنيفة انهما اختلفا لفظاً وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف

الرواية ما ذكرناه وهو أن شهادته تجوز اذا قال أو همت اذا لم يبرح عن مكانه بعد ان كان عدلاً فان برح (جنس) فلا عينى (قوله) باب الاختلاف في الشهادة تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها ما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً والاختلاف انما هو بعراض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب ع (قوله) في حقوق العباد قيد به لانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل واحد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل أحد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبة أو مطالبة من يقوم مقامه ن

(قوله بخلاف العشرة الخ يعني ان المدعى يدعى خمسة عشر وشهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر فلا يثبت عند ابي حنيفة لان الموافقة بين اللفظين شرط ولم توجد عينى (قوله لانه ليس بينهما الخ لان خمسة عشر تذكر بغير حرف العطف فكانت كلمته واحدة غير العشرة فلم يوجد الموافقة ل (قوله لانه كذبه الخ فلم يبق له الا شاهد واحد فلا يثبت به فان قيل لم يكذبه الا فى البعض فمال الغاضى لا يقضى به على الباقي ١١١ ١١١) كما يقضى بالباقي فى الاقرار اذا كذب المقر به فى بعض ما قر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاقد بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيره لا يبطل الاقرار عنائه (قوله وكذا اذا سكت اى ادعى الاقل ولم يتعرض للخمسائة لانها لا اثباتا وسكت عن قوله لم يكن لى الا الالف وباقى المسئلة بعالها فلا يقضى له بشئ ل (قوله فى الجامع الصغير الخ الفرق بين مسئلة الجامع ومسئلة المتن ان فى مسئلة الجامع شهد احدهما بقضاء كل الدين وفى مسئلة المتن شهد بقضاء بعض الدين عينى (قوله ومثله لا يمنع القبول بيبانه ان الشاهدين اذا شهد الانسان بمال ثم شهد عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذى هو مشهود له اولا يقضى بمأ شهد له وان كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه لان هذا التفسيق عن اضطرار والموجب للمراد هو التفسيق عن اختيار وكذلك لو شهد الشاهد

جنس المال قال (واذا شهد احدهما بالى والاخر بالى وخمسائة المدعى يدعى الفا وخمسائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسائة جملتان عطف احدهما على الاخرى والعطف يقرر الاول بنظيره الطلقة والطاقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لى عليه الا الالف فشهادة الذى شهد بالالف والخمسائة باطلة) لانه كذبه المدعى فى المشهود به وكذا اذا سكت الاعن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقى الفا وخمسائة ولكنى استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال (واذا شهد بالى وقال احدهما فضاء منهما خمسمائة وقبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاء) لانه شهادة فرد (الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضى بخمسائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لادبنا الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال (وينبغى للشاهد) اذا علم بذلك ان لا يشهد بالى حتى يقر المدعى انه قبض خمسمائة) كيلا يصير معيننا على الظلم (فى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتفرّد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوى عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعى ا كذب شاهد القضاء قلنا هذا ا كذب فى غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان انه قتل زيداً يوم النحر بمكة وشهد اخر ان انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احدهما كاذبة بيقين وليست احدهما باولى من الاخرى (فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاول قد ترجعت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال (واذا شهد على رجل انه سرق بقرة واخلفا لى لونهما قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثورا لم يقطع) وهذا عند ابي حنيفة (وقالا لا يقطع فى الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمر لافى السواد والبياض وقيل هو فى جميع الالوان لهما ان السرقة فى السواد غير ها فى البيضاء فلم يتم على كل فعل ان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له فى المائة الدينار تقبل شهادتهما ثم ههنا كذبه فيهما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح فى شهادته له ك (قوله وقال لا يقطع فى الوجهين) السخ هذا الخلاف فيما اذا كان المدعى يدعى سرقة بقرة فقط اما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا يقبل شهادتهما بالاجماع لانه كذب احدهما الشاهدين ك

(قوله لان امر المداهم اى الحمد اعسر اثباتا من الغصب لان الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحمد فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة فاولى ان لا يثبت الحمد
(قوله ان التوفيق الخ فان قيل هذا احتيال وطلب توفيق الاثبات الحمد وهو القطع والحمد يعتدل
لدره الاثباته قلنا ان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لا يكلفا نقله فصار كما اذا اختلفا
في ثياب السارق هذا لانهما يكلفان بيان القيمة ليعلم انه ١١٢ هل كان نصابا فاما للرسول

نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر احداهم وصار كالتذكورة
والانوثة وله ان التوفيق ممكن لا التحمل في الليالي من بعد واللونان يتشابهان
او يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب
آخر وهذا الآخر يشاهد بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه
والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه
فلا يشبهه قال (ومن شهد امرجل انه اشترى عبد امن فلان بالف وشهد آخر انه
اشترى بالف وغمسائة فالشهادة باطلة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
ويختلف باختلاف الثمن فاختلاف المشهود به ولم يتم العقد على كل واحد لان
المدعى يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع والفرق بين
ان يدعى المدعى اقل المالين او اكثرهما لما بيننا (وكذلك الكتابة) لان المقصود
هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب (وكذا الخلع والاعتاق على مال
والصلح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة والعبد والقاتل) لان المقصود
اثبات العتق والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة
دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فيبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن
لا يقبل لانه لا حظ في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان هو المرتهن
فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير
البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين قال
فاما النكاح فانه يجوز بالف استحصانا وقالهنا باطل في النكاح ايضا ذكر
في الامالى قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وهما ان هذا اختلاف في العقد لان
المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولا يبي حنيفة ان المال في النكاح تابع
والاصل فيه الحل والازدواج والمالك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع
الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقه ما عليه ويستوى دعوى اقل المالين
واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما
اذا كان المدعى هو الزوج اجماع على انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال
ومقصودها ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فلا واذا لم يكن القطع مضافا
الى بيان الوصف صار هذا
بمنزلة الحقوق التي تثبت
مع الشبهات فيصح الاخبار به
لا ثبات احياء الحقوق بقدر
الامكان والتوفيق ممكن
وبهذا تبين ان الاختلاف
فيما ليس من صلب الشهادة
اذا كان على وجه يمكن
التوفيق لا يمنع قبول
الشهادة فان قيل لو كانت
البقرة على هذين اللونين
يسمى بلفاء لاسوداء لا ببيضاء
قلنا نعم ولكن في حق من
يعرف اللونين اما في حق
من لا يعرف الا احدهما
فهو عنده على ذلك اللون
ك (قوله فلا يشبهه اى
الوقوف على صفة الذكورة
والانوثة لا يكون الا بعد
القرب منهما وعند ذلك
لا يشبهه فلاحاجة الى التوفيق
ك (قوله فظاهر اى فظاهر
ان العقد مقصوده فلا تقبل
الشهادة اذا اختلف الشاهدان
في بدل الكتابة ك (قوله
لان العتق الخ معناه ان
مقصود المولى العتق والعتق
لا يثبت قبل الاداء والاداء
لا يتحقق بدون الكتابة

فكانت هي المقصود ع (قوله فكان المقصود الخ وفيه بحث لان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد
منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ اجيب بان قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح
لجواز ان لا يختار الفسخ ويغاصم لادى البديلين ع (قوله فهو نظير البيع يعنى لا تقبل الشهادة كما
في البيع لاز المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البديل عيني

(قوله ولا يكلف الخ هذا بالاجماع اما عند ابي يوسف فظاهر لانه لا يشترط الجور والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبتنا بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه يخلفه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بانها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري انها ما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كان يشترطان الجور والانتقال الى الوارث في الشهادة لم **١١٣** يشترطا ذلك ههنا لان المدعى اثبت لمورثه يدافى المدعى عليه عند الموت بما اقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصار كانه اقام البينة ان اياه مات والدار في يديه ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا ههنا ك (قوله وكذا على قيام يد اى يكتفى بالشهادة على قيام يد المورث عند الموت على المملوك لان الظاهر من حال من حضره الموت ان يسوى اسبابه ويعطى ما كان عنده من الودائع والغصب فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه عينى (قوله على ما ذكره الى ما ذكره بقوله لان الايدي عند الموت

فصل في الشهادة على الارث (قال ومن اقام بينة على ادرائها كانت لابيها عارها

او اودعها الذى هو في يده فانه ياخذها ولا يكفى البينة انه مات وتركها ميراثا له)

واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد فلا يابى يوسف هو يقول ان ملك

الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في

الجارية المورثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا

يضمن النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت

الانتقال ضرورة وكذا على قيام يد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت

الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة

مقام يد فاغنى ذلك عن الجور والنقل (وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات

وهى في يديه جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

الضمان والامانة فتصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه

وقت الموت (وان قال الرجل حى نشهد انها كانت في يد المدعى منذ اشهر لم

تقبل) وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مضمونة كالملك ولو شهدوا انها

كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعى وجه

الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهى

متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك

لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب

الرد ولان يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به وليس الجور كالمعاينة

(وان اقر المدعى عليه دفعت الى المدعى) لان الجهالة في المقربة لا تمنع صحة

الاقرار (وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعى دفعت اليه) لان

المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة

(جلد الثاني) (الهداية مع السكافيه) ٨

مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة ك (قوله وهو معلوم وانما الجهالة في المقربة وذلك لا يمنع القضاء كمالو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى

عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاض خان ك

(قوله من حيث البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز وهذه الشهادة كذلك فانه لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول واعترض عليه بان لو كان فيهما معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جواز بين البدل والبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل و آخر ان على الشهادة بشهادة شاهد آخر جاز واجيب بان بدليته انما هي في المشهود لشهادة الفرع وهو شهادة الاصول والمشهود به لشهادة الاصول

﴿ ١١٤ ﴾

الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة على الشهادة ادى الى انواء الحقوق ولهذا يجوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات كالحمد ودوالقصاص (ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي لا يجوز الا اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قاضمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة (وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عبدى بهذا واشهدنى على نفسه) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التعميل والتوكيل على مامر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل اشهدنى على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدنى على شهادة ان فلانا اقر عندى بهذا وقال الى اشهد على شهادتي بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التعميل ولها لفظ اطول من هذا واقر منه وخير الامور اوسطها (ومن قال اشهدنى فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي) لانه لا بد من التعميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تعميل ما هو حجة قال (ولا تقبل شهادة شهود الفروع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبارنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة مكما حتى ادير عليها من الاحكام

(فكندا)

رضى الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل ولم يشترط ان يكون بازاء كل اصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يرو عن غيره فلافه (قوله واقر وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكندا ك

هو ما عينوه مما يدعيه المدعى واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلا يمنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال مل (قوله فلا تقبل الخ فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضى بلمدة كذا ضرب فلانا حدا في قننى فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضى لانفس الحد وفعل القاضى مما ثبت بالشبهات واما النى لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضى حد القننى ليست به بسبب موجب للعقوبة ك (قوله فصار كالمرأتين فانهما لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما عيني (قوله ولنا قول على الخ قلت غريب وروى عبد الرزاق في مصنفه عن على قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان ت (قوله لا يجوز الخ وجه الاستدلال بذلك ان عليا

(قوله الاول أى التعديل بثلاثة أيام احسن لان العجز شرعا يتحقق به كما فى سائر الاحكام التى موافقا لحكم الشرع فكان أحسن ع) (قوله لانهم من أهل التزكية فيسأل القاضى الفروع عن الاصل ولا يقضى قبل السؤال وشاهد الفرع اذا صلح مذكبا فلا فرق بين تزكية وتزكيه غيره ك) (قوله غاية الامر الخ يقول من قال من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان منهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر ع) (قوله

١١٥

فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف انه ان كان فى مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله صح الاشهاد احياء لمحقوق الناس قالوا الاول احسن والثانى ارفع وبه أخذ الفقيه أبو الوليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما لاخر صرح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول فى حق نفسه وان أردت شهادة صاحبه فلا تهمه قال (وان سكنوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضى فى حالهم) وهذا عند أبي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا يابى يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التعديل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالوا اخبرنا انه ما يعرفانها فجاء بامرأة وقالوا لا ندرى اهى هذه أم لافانه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت المدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حردا وشهدوا على المشتري لايمن آخرين يشهدان على أن المحدود بها فى يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن المحدود المذكورة فى الشهادة محدودا فى يده قال (وكذلك كتاب القاضى الى القاضى) لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضى لسكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل (ولو قالوا فى هذين البابين التميمية لم يعجز حتى ينسبوها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة وهذا الان التعريف لا بد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهى عامة بالنسبة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون ويعصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية

وكذا اذا أنكر الخ توضيحه ما قال العتاني أنه اذا ادعى رجل * ٧ على رجل محدودا فى يديه وشهد الشهود ان هذا المحدود المذكور بهذا المحدود ملك هذا المدعى فى يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذى فى يدى غير محدود بهنه المحدود التى ذكرها الشهود فيقال للمدعى هات شاهدين على أن الذى فى يديه محدود بهنه المحدود ليصح القضاء عيني (قوله وقيل الفرغانية نسبة الى فرغانة وهو اسم لاقليم فيما وراء النهر وفيها مدن كثيرة وفيها سكك منها اوزجند عيني

(قوله وقيل الخ وحاصل الكلام أن النسبة إلى ما هي خاصة فيها يحصل التعريف بخلاف النسبة إلى ما هي عامة فيها حيث لا يحصل التعريف فيها لأن المحلة الكبيرة والمصري شمل كل منهما على ناس كثيرين يتعدى أساميهم وأسماء أبيائهم فلا يحصل التعريف بذلك عيني (قوله فصل ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة لأن لها أحكاماً مخصوصة وآخرها لأن الأصل هو الصدق ن (قوله ما روى عن عمر الخ قلن رده ابن أبي شيبة في مصنفه

١١٩

والمخاربة عامة وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصري عامة ثم التعريف وإن كان يتم بذكر المجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لابي يوسف على ظاهر الرويات فذكر الفخذ يقوم مقام المجلد لأنه اسم المجلد الأعلى فنزل منزلة المجلد الأدنى (قال أبو حنيفة شاهد الزور أشهر في السوق ولا أعززه وقلاً نوجعه ضرباً ونحبسه) وهو قول الشافعي لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وأيس فيها هدم بقدر فيعززه أن شريحاً كان يشهر ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكفي به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخييف نظراً إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه عند محمد بن علي السباسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فإنه كان يبعثه إلى سوقه أن كان وقياً وإلى قومه أن كان غير سوقى بعد العصر اجتمع ما كانوا ويقول أن شريحاً يقرأ عليكم السلام ويقول أنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يشهر عندهما أيضاً والتعزير والحبس على قدر ما يره القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الممدود (وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا أنهما شهدا بزور أم يضرباً وقال يعززان) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكيم هو المقر على نفسه بذلك فاملاطريق إلى اثبات ذلك بالبينة لأنه نفى لشهادة والبيئات للآيات والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال (وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما اتلفا شيئاً لأعلى المدعى ولأعلى المدعى عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينتقض الحكم بالتناقض ولأنه في

في الممدود عن الوليد بن أبي ملك أن عمر كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويسطال حبسه انتهى (قوله بدلالة التبليغ إلى الأربعين الخ لأنه لو كان بسبيل التعزير أم يبلغ الأربعين لبلوغه حداً في غير حديثي (قوله منقول الخ ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تابعاً أو موصراً أو مجهول الحال وقد قيل إن رجوعاً على سبيل التوبة والتندم لا يعز من غير خلاف وإن رجوعاً على سبيل الإغراء يعز بالضرب من غير خلاف وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ع (قوله كتاب الرجوع عن الشهادة أعلم أن للرجوع ركناً وحكماً وشرطاً فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به أو يقول شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازها أن يكون للرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير كما بينا والضمنان

مع التعزير إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض ك (قوله لأنهما (الدلالة ما ألتفا شيئاً لأعلى المدعى عليه فظاهر وأما على المدعى فلأن الشهادة إن كانت حقاً في الواقع ورجعاً عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها ع (قوله قال في فصل التعزير التعزير أكثره تسعة وثلاثون أقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطاً وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل

(قوله وعليهم ضمان الخ فضاء القاض وان كان علة للتلف لكنه كالمجأ من جانبهم وكان السبب منهم تعديا
فيضاً الحكم اليهم كافي حفر البئر في قارة الطريق ع) قوله لانه فسخ للشهادة الخ هذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت
ان فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه
لسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع مادامت
الحجة باقية فلا يمتن رفعها

١١٧

والرجوع في غير مجلس
الحكم ليس يرفع الحجة لان
الشهادة في غير مجلسه ليس
الحجة والاقرار بالضمان
مرتب على ارتفاعها
اذا ثبت في ضمنه فكان من
توابعه ع (قوله وضمنه
الضمير المستكن يرجع
الى القاض ومعناه حكم
عليه بالضمان لكنه
لم يعط شيئاً الى الآن ع
(قوله لا رجوع من رجوع
لانه لو اعتبر رجوع
من رجوع كان الضمان واجبا
على الرجوع مع بقاء الحكم عند
وجوده بقبه وهو الشاهدان
بان شهد ثلاثة ورجع
واحد ك (قوله من يبقى
الخ قيل لا نسلم ذلك
فان الباقي فرد لا يصلح
لائبات شئ ابتداء
فكذا بقاء واجيب
بان البقاء اسهل من
الابتداء فيجوز ان يصلح
في البقاء للآيات ما لا يصلح
في الابتداء كذلك كما
في النصاب فان بعضه
لا يصلح في الابتداء
لائبات الوجوب ويصلح

الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجع الاول باتصال القضاء به (وعليهم
ضمان ما اتلفوه بشهادتهم) لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار وسنقره من بعد (ولا يصح الرجوع لاجحضة الحاكم)
لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاض اى قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنابة فالسر
بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاض فلو
ادعى المشهود عليه رجوعه ما وارا ديمينه ما لا يخلفان وكذا لا تقبل بينته عليه ما
لانه ادعى رجوعاً باطلاً متى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال تقبل لان السبب صحيح قال (واذا شهد شاهدان بآمال فعلم الحاكم به
ثم رجعا من المال للمشهود عليه) لان التسبب على وجه التعدي سبب
الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعدياً وقال الشافعي لا يضمنان لانه
لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا نتعذر ايجاب الضمان على المباشر
وهو القاض لانه كالمجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن ثقله وتعذر
استيفاءه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان
اذا قبض المدعى المال ديناً كان او عيناً لان الاتلاف به يتحقق ولانه لامائلة
بين احد العين والزام الدين قال (فان رجع احدهما ضمن النصف) والاصل
ان المعتبر في هذا بقاء من بقى لا رجوع وقد بقى من يبقى بشهادته نصف
الحق (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه) لانه بقى من يبقى
بشهادته كل الحق هذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط
الضمان فاولى ان يمتنع (فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال الحق) لان
ببقاء احدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمننت
ربع الحق) لبقاء ثلثة الارباع بقاءً من بقى (وان رجعتا ضمننتا نصف الحق) لان
بشهادة الرجل بقى نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة رجع ثمان
فلا ضمان عليهن) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجعت اخرى كان
عليهن ربع الحق) لانه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقى

في البقاء بقدره ع (قوله والمتلف متى استحق الخ كمن غصب مال انسان واتلفه ثم استحق رجل
ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذالم يضمن المستحق شيئاً ك (قوله ضمن
الراجعان الخ فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلغ اضيف اليه قلنا التلغ
يضاف الى المجموع الا ان رجوع الاول لم يظهر اثره بمانع وهو بقاء من بقى فاذا رجع الثاني ظهر ان
التلف بهما ك

(قوله) يقمن مقام الخ فصار شهادة عشرين سنة كشهادة امرأتين فصار الضمان على الرجل والنسوة انصافا
عيني (قوله) قال عليه السلام الخ وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظرا وانما تم ان لو قال عدلت شهادة
كل اثنتين منها بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا ع (قوله) لما قلنا من ان
المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقاء نصف الحق (قوله) فلا يضاف اليه الحكم لان المرأة الواحدة شطر
العلة فلا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة ١١٨ رجلين دونهما فلا تضمن عند

الرجوع شيئا ع (قوله)
لان التضمن يستدعي
المماثلة ولا مماثلة بين البضع
والمال فاما عند دخوله في
ملك الزوج فقد صار
متقوما اظهار الخطرة
حتى يكون مصنوعا عن
الابتدال ولا يملك مجانا
فان ما يملكه المرء مجانا
لا يعظم خطره وذلك محل
له خطر مثل خطر النفوس
لحصول النسل به وهذا
المعنى لا يوجد في طرف
الازالة ك (قوله) وانما
تضمن الخ دفع دخل وهو
انه لو لم يكن المنافع
للبضع متقومة لكانت غير
متقومة اذا كان الزوج
مالكا للبضع مع انه ليس
كذلك ك (قوله) ولا
فرق الخ ان جواب سؤال بان
يقال ينبغي ان لا يجب
الضمان على الشاهدين
اذا شهدوا بالبيع بشرط
الخيار لانهما لم يتلفا شيئا
على البائع لانهما اثبتا
لبيع بشرط الخيار والبائع
لم يزل للملكه عن المبيع
بعد وانما يزول اذا مضت المدة
وهو ساكت فاذا سكنت

عن الرد كان راضيا بزوال ملكه فكيف يجب الضمان على الشهود عيني (قوله) او فيه خيار البائع (غير)
ان شهدا باقل من القيمة وبان البائع بالخيار ثلاثة ايام فقصى القاضى بذلك ومضت المدة وتقرر البيع
بم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثلث للثمن لان لا فمما الزائد بغير عوض ولو اوجب البيع في المدة لم
تضمننا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف ع

(قوله فاشبه المكره ببيان الشبهة ان المكره مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكره يقتل قصاصا فكذلك الشهود كـ) (قوله بل اولى وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي يعان على استيفاء القصاص والمكره يمنع عنه شرعا وعادة فغسى ان يمنع المكره من المباشرة فلا يقضى الى القتل غالباً فاذا قتل المكره وهو المسبب فلا يقتل الشاهد وهو في التنسيب فوق المكره اولى كـ) (قوله ان القتل الخ ١١٩) هذا ظاهر ومستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشرة للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد عـ) (قوله لان العفو مندوب يعنى ان المسلم المتدين العفو ظاهر بالنظر الى حاله لانه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله ويحصل له الاجر الكثير فاما المكره يختار حيوته بادنى رخصة في الشرع وترجيحه على حيوة غيره عيسى) (قوله ولان الفعل الاختياري الخ اي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل مقصور على الولي فلم يكن الشاهد قاتلا لان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول لكن حل قيد عبد انسان فابق العبد لاضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكره فان له اختيارا فاسدا وللمكره اختيارا صحيحا الفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الالة للمكره فكذلك

غير عرض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسببا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببا لان التسبب ما يقضى اليه غالباً وههنا لا يقضى لان العفو مندوب وبخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارثة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التناقض اضافا اليهم (ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم تشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قيل القضاء (وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لاضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضى بما يعين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر في تخيير بينهما والمجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمنين (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك) لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال (وان رجع المذكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحسان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصار بمعنى علة العلة بخلاف شهود

انتقل فعل المكره الى المكره كـ) (قوله فصار كرجوع الشاهد اي الاصل لو شهد بنفسه وقضى القاضي بشهادته ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع فكذلك لا يبطل بانكار الشاهد عيسى) (قوله بخلاف ما قيل القضاء يعنى اذا انكر شهود الاصل الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضى القاضي بشهادة الفروع بعد ذلك كما اذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك عيسى

(قوله) لانه شرط محض الحاصل ان الاحصان ليس فيه معنى العلة لان الاحصان علامة معرفة حكم الزنا الصادر فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الاحصان ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق عيني (قوله) الا ترى الخ توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضى يسمع شهادة اليمين ويعكم بها وان لم يشهد بالدخول ع (قوله) اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمنون كان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلة لم تجعل عللا بدواتها فاستقام ان يخلفها الشروط ﴿ ١٢٥ ﴾ والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه

الاحصان لانه شرط محض قال (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتى السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضى يقض بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولورجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

﴿ كتاب الوكالة ﴾

قال (كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيعتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للعاقة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن جزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض قال (ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلاً وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر (وكذا بابايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرج بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للنسب الشرعى بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلم يمنع عنه بسبب الاستيفاء اصلا وهذا الذى ذكرناه قول ابي حنيفة (وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا) وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة ينحز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكذا في الاستيفاء) ولا يبي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضى الى الجنابة والظهور الى الشهادة فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالمجواب من جانب من عليه الحد والقصاص

في الزبادات ك (قوله كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان احكام الوكالة اما المناسبة ان كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما يصلح النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لا كتناسب الثواب كذا في النهاية نتايج الافكار (قوله) كل عقد الخ فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما ينقد فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل (قوله) بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص

مع غيبة الشهود وان كان رجوعهم ممثلا عيني (قوله) وبخلاف حالة الحضرة اى حضرة الموكل اى يجوز للوكيل ان يستوفى القصاص قال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهى شبهة العفو ك (قوله) وليس كل احد الخ هذا جواب لان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان في التوكيل شبهة البلية واستيفاء القصاص مما لا يجزى فيه الابدال ك

(قوله غير ان الخ اي لكن هذا الوكيل اذا اقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسننا وفي القياس يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل الا ترى ان في سائر الحقوق جعل اقراره كاقرار الموكل فكذلك في القصاص كـ (قوله مريضا المراد نفس المرض وقيل ان تكليف المحضور بالركوب على دابة او غيرها يزداد مرضه كـ) (قوله انها الخلاف في اللزوم بل ترتد الوكالة برد الخصم ام لا عند ترتد ولا يلزم ١٢١) للخصم المحضور والجواب بخصومة الوكيل وعندهما لا ترتد برده ويلزم المحضور

والجواب بخصومته والمناخرون اختاروا للمفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في ابراء الوكيل لا يمكنه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه الا برضاء صاحبه وهو اختيار شمس الاثمة السرخسي كـ

(قوله وله الخ قال صاحب العناية ولابي حنيفة انا لانسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب حق للمدعى على الخصم اي المدعى عليه ولهذا يستضعري يستحضر المدعى الخصم في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا سلمنا خلوصه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وهما ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا الخ وهذا على ان عبارة المصنف حملها صاحب العناية على الدليلين وفي الدليل الاول انه مخصوص بصورة للتوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى مل (قوله متفاوتون

وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقال يجوز الوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فله يتوقف على رضاء غيره كالنوكيل بتقاضى الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا يلزم منه يتضرر به فيتوقف على رضاء كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنه من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة محمدا لم تجر عاداتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحياتها فيلزم توكيلها قال الرض وهذا شئ استحسنه المناخرون (ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل من يملك التصرف ويلزمه الاحكام) لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا يملكه من غيره (و) يشترط ان يكون (الوكيل من يعقل العقل ويقصد) لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيلا يعقل او مجنون كان التوكيل باطلا (واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة (وان وكل صبيلا مجورا يعقل البيع والشراء وعبد مجبور اجاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او مجبور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاق

قرب انسان يصور الباطل بصورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمثيلية الحق على وجهه فيحتمل ان يكون الوكيل من له حق في الخصومات فينضرر بذلك عيني (قوله يتخير فان الكفاية تتوقف على رضاه الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ ع

(قوله) وصحة الخ أي صحة عبارته لالكونه وكيل بل لكونه آدميا عاقلا فثبت أن مباشرة العقد بالولاية الأصلية الثابتة إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه هذه الولاية في محل هو مملوك للغير الإبراء المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل للاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فبطلت ثابنا في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق كـ (قوله) والمالك الخ جواب سؤال مقدر وهو أن يقال كما يثبت الملك للموكل ينبغي أن يثبت الحقوق له كما قاله ﴿ ١٢٢ ﴾ الشافعي ره عيني (قوله) خلافة عنه أي ابتداء بدلا عنه لأن

يثبت للموكل ثم ينتقل إلى الموكل كـ (قوله) كالعبد ينوب أن يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب نـ (قوله) هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي وهي أن الملك يثبت للتوكيل لتحقيق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشتري إذا كان منكوحا التوكيل أو قرينه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك عـ (قوله) تفصيل وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله وإذا اشترى التوكيل ثم أطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه كـ (قوله) سفير محض والسفير هو الذي يمكن قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزم أحكام قول الغير كما إذا

فإذا ظهر خلافة بتغيير كما إذا عثر على عيب قال (والعقد الذي يعقد التوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه التوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالتوكيل دون الموكل) وقال الشافعي تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا أتباعه وصار كالرسول والتوكيل في النكاح ولنا أن التوكيل هو العقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكمه لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفير عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فيتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض المثلث ويطالب بالثلث إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد ينوب ويصطاد يجتنب هو الصحيح قال رض وفي مسئلة العيب تفصيل فذكره أن شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والمخارعة والصالح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون التوكيل فلا يطالب وتكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لأن التوكيل فيها سفير محض لا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً والضرب الثاني من أخواته العتق على مال والكتابة والصالح عن الإنكار فاما الصالح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول والتوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقى محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتزم وكذا الشرقة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال (وإذا طالب الموكل المشتري بالثلث فله أن يمنعه إياه) لأنه اجنبى عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد (فإن دفعه إليه جاز وأما أن يكون للتوكيل أن يطالب به)

حكى قنن الغير لا يكون فإذا لـ (قوله) لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل (به ثانياً) فيها خيار الشرط لأن الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تتحمل تراخي الحكم كـ (قوله) لأنه إسقاط أما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لأنها تسقط ما لكيها بعقد النكاح ولأن الأصل في الإبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل كـ

(قوله) يقع المقاصة الخ وانما كان هذا لان المقاصة ابرام بعوض فيعتبر بالابرام بغير عوض ولو ابراه المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معافا للمشتري ببراء ببراءة الامر ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الامر على المأمور بشئ فكذلك ههناك (قوله) لمانه يملك الابرام لان الابراء اسقاط حق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك كـ (قوله في الفصلين اى فصلي المقاصة والابراء ولا يجوز للوكيل الابراء عن الثمن في قول

﴿ ١٢٣ ﴾

ابى يوسف لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل (قوله) استحسنانا والقياس ياباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك

به فاني لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل ودين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لمانه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه بضمنه للموكل في الفصلين

﴿ باب الوكالة بالبيع والشراء ﴾

فصل في الشراء قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار (الان يوكلاه وكالة عامة فيقول ايتعلى ما رأيت) لانه فرض الامر الى رأيه فأي شئ يشتره يكون ممثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسنانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض المخرج وهو مرفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ماهو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع) لانه يتقدر الثمن يصير النوع معلوما ويندكر النوع ثقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركى والحبشى او الهندي او السندى او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصقة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير ومن قال لا خراشترلى ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يندب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فجمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهر او كذا الدار تشمل ماهو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال

بالطول والعرض في السكة والبيوت والمرافق وقرب الماء وبعده والجيران وغيرها وكانت الدار لاختلافها فيما ذكر بمنزلة ما يشمل اجناسا من الاصل ان الوكالة ان جهلت جهالة بسيرة وهي جهالة النوع المحض كفارس صحت وان فاحشة وهي جهالة الجنس كدابة بطلت وان متوسطة كعبد فان بين الثمن والصفة كتركى صحت والا لادر مختار

(قوله معناه نوعه تعييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشترى له دارا ولم يسم
 ثمنالم يجوز ذلك ثم قال وان سمي الثمن جاز لان تسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي مبسورة
 مستدركة والمتأخرون من مشائخنا يقولون في ديارنا لايجوز الا ببيان المحلة ن (قوله ومن دفع الى آخره
 بالدفع لانه اذا لم تدفع الدراهم وقال اشترى حنطة او شعيرا لم يجوز لانه لم يبين المقدار وجهالة المقدار
 في المكيلات كجهالة الجنس عيسى (قوله

﴿ ١٢٤ ﴾

قال (وان سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه
 وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال همار او غيره قال (ومن دفع الى آخره درهم
 وقال اشترى به اطعاما فهو على الحنطة ودقيقتها) استحسننا والقياس ان يكون
 على كل مطعوم اعتبار الحقيقة كما في اليمين على الاكل اذا اطعم اسم لما
 يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا
 بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فيبقى على الوضع وقيل ان كثرت
 الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبر وان كان قيميابين ذلك فعلى
 الدقيق قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده
 بالعيب مادام المبيع في يده) لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه (فان سلمه
 الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده
 الحقيقة فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصا لمن يدعى في المشتري
 دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لابعده قال (ويجوز التوكيل
 بعقد الصرف والسلم) لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة
 على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لايجوز فان
 الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لايجوز (فان
 فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض
 (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقب والمستحق بالعقد قبض العاقب وهو
 الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه
 بخلاف الرسول لان الرسالة في العقلا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل
 فصار قبض الرسول قبض غير العاقب فلم صح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء
 الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما
 مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتعالفان ويرد الموكل بالعيب على
 الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما
 كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع في يده
 قبل حبه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم
 يجهسه يصير الموكل قابضا بيده (وله ان يجهسه حتى يستوفي الثمن) لما بينا انه
 بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه

فعلى الحنطة الا ان يكون
 ثمة وليمة فعلى الخبر وان
 كثرت والقلة مثل درهم الى
 ثلثة والوسط مثل اربعة الى
 خمسة او سبعة ك (قوله ولهذا
 اي لما ذكرنا من الادلة على
 جواز الرد في صورة وعدم
 جوازه في اخرى نتائج
 (قوله لان ذلك لايجوز اي
 باطل واذا بطل التوكيل كان
 الوكيل عاملا لنفسه فيجب
 الطعام في ذمته ورأس المال
 مملوكا له ن (قوله فان الوكيل
 الخ على ان القياس ان لا
 يملك المسلم اليه قبول عقد
 السلم لانه بيع المعدوم الا انه
 جوز ذلك من المسلم اليه
 رخصته ودفعا للحاجة المفاليس
 ومثبت بخلاف القياس يقتصر
 على مورد النص فلم يجوز
 توكيلا غيره عيسى (قوله
 بطل العقد هذا اذا كان
 الموكل غائبا عن مجلس
 العقد واما اذا كان حاضرا في
 مجلس العقد يصير كان الموكل
 صار في نفسه فلا يعتبر مفارقة
 الوكيل ن (قوله اذا اختلفا
 الخ اذا اختلف المتباعيان
 فادعى احدهما ثمننا وادعى
 الباقي اكثر منه فان لم يكن

لاحد ما بينة ولم يرض احدهما بما يقول به الآخر حلف كل واحد منهما فان نكل احدهما لزمه دعوى (سلمه)
 الآخر وان حلفا فسخ القاض البيع بينهما مل (قوله ولان الحقوق الخ تحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا
 كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن
 جعلتها للدفع علم انه مطالب بالدفع بقبض المبيع فكان راضيا بذلك امرابه دلالة ع

(قوله سلمه أى سلم الوكيل المشتري الى الموكل ويسقط حق الحبس ايضا اذ لو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس قلنا اذا وقع في يده حكماك (قوله كان مضمونا الخ حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط والارجع بالفضل على الموكل عيني (قوله ضمان الرهن فيعتبر الاقل من قيمته ومن الدين وهو الثمن فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة ع (قوله انه بمنزلة البائع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان

﴿ ١٢٥ ﴾

سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل أن لم يحبس ولنفسه عند حيسه (فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف (و ضمان البيع عند محمد) وهو قول ابي حنيفة و ضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه الاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولا يي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينسخ بهلاكه وههنا لا ينسخ اصل العقد قلنا ينسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به قال (واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم بباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقال يلزم العشرون بدرهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل ولا يي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعرة عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف قباهه بالفين ولا يي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامر به بشراء الزيادة فينفق شراءها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشترى بنفسه بالاجماع لان الامر ينناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لانه يؤدي الى تغيير الامر حيث اعتد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحض من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكله بغيره فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فينفق عليه ولو اشترى الثاني بمحضه الوكيل الاول نفق على الموكل الاول لانه محضه رأيه فلم يكن مخالفا قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبد فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء

حيس أولم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس و آجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيقوى جهة كونه باعما فلزم الضمان أما اذا لم يحبس نقضه لموكله فاشبه الرسول فهلك عند امانته ع (قوله بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس وصار مضمونا بعد الحبس عيني (قوله بخلاف المبيع هذا الثمن قولهما يعني أن المشتري المحبوس ههنا ليس كالمبيع لان المبيع الخ نتائج (قوله في الاصل اى في البسيط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء فقال فيه لزم الآخر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور ع (قوله على الموكل وهذا بخلاف ما امره أن يشتري له ثوبا هروبا بعشرة فاشترى له هر و بين بعشرة كل واحد منهما يساوى بعشرة حيث لا ينفق

واحد منهما على الأمر عند ابي حنيفة لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تنفاوت اذا بين عشرة الأمر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساوات بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف القومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليل حيث قال لا في لادري ايها اعطيه بحصة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالخبر والظن كفايه

(قوله وهو المراد اى بقوله اويشتريه بمال الموكل ان يضيف العقد الى دراهم الموكل لان ينقص مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه كـ) قوله وهذا بالاجماع اى لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اى قوله اويشتريه بمال الموكل مطلق اى مذکور من غير خلاف فيجعل على الصورة المجمع عليها وهوان يضيف العقد الى مال الموكل كـ) قوله حملا لماله الخ يجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم فى المسئلة

﴿ ١٢٤ ﴾

الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لايجل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكنا لايجل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه واما العادة فجارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وكنا على العكس تاج الشريعة (قوله على مايجل له الخ لانه لما اضاف العقد الى دراهم الامر يقع له لانه لو لم يقع له كان واقعا للوكيل واذا كان وقع العقد للوكيل كان غاصبا لدراهم الامر وهو لايجل شرعا عيني (قوله وهو الرجوع بالثمن اى سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الامر لالعقد لاجل الامر فذكر الوساطة وهى العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر السبب واردة

للموكل اويشتريه بمال الموكل) قال هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندى بقوله اويشتريه بمال الموكل دون النقص من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافته الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لماله على مايجل له شرعا اويشترى عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافته الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر فى هذا التوكيل وان تكاد باقى النية يحكم النقص بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تعرضه النية قال محمد هو للعقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابى يوسف يحكم النقص فيه لان ما وقع مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا من اى المالىين نقص فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للامر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كفى حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه قال (ومن امر رجلا بشراء عبد بالفى فقال قد فعلت ومات عندى وقال الامر اشترينته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان فى الوجه الاول اخبر عما يملك استثنافه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو يتكرر والقول للمتكرد فى الوجه الثانى هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اخلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابى يوسف ومحمد لانه يملك استينافى الشراء فلا ينهم فى الاخبار عنه وعند ابى منيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان يشتراه لنفسه فاذا رأى الصفة خاصة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ولائمن فى ذلك ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اخلفا والعبد هى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشرأى بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن

للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الامر مختص بالشراء لاجل الامر كـ (قوله فى حال) حين اخلفا فقال المأمور اشترينته لك وقال الامر اشترينته لنفسك عيني (قوله لانه يملك الخ لان العبد هى والمى عمل للشراء فيملك ان يشتريه فى الحال لاجل الامر فان قيل الشراء لا يتوقف بخلاف البيع ولما وقع شراؤه اولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استينافى الشراء دائر مع التصور فيتنصور ان يتفاخ الوكيل ببيعه مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل كـ

(قوله على مامر ان شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره
فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له ع (قوله لفلان معناه انا وكيل فلان يشراء هذا العبد فبعه حتى
اشتريه لاجله ك (قوله لان قوله السابق وهو قوله بعني هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان
قبل يحتمل ان معناه لشفاة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه
لدار فقال الشفيع سلمتها لك ١٢٧) اي لاجل شفاعتك بطلت الشفعة استعسانا قلنا للام للمليك
وانما حمل على الاسقاط في

في حال غيبته على مامر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لابي حنيفة (ومن قال
لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان
وقال انا امرته بذلك فان فلانا باخذنه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة
عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم امره لم يكن له) لان
القرار يرتد برده قال (الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه
العهد لانه صار مشتريا بالتعاطي كن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم
سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي
وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس الخسيس لاستتمام التراض
وهو المعبر في الباب قال (ومن امر رجلا بان يشترى له عبدا بين باعيا بينهما ولم
يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز) لان التوكيل مطلق فجري على اطلاقه وقد
لا يتفق الجميع بينهما في البيع (الا فيما لا يتغا بن الناس فيه) لانه توكيل
بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو امره بان يشترى بهما بالالف وقيمتها
سواء فعذب ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز فان
اشترى باكثر لم يلزم الامر) لانه قابل الالف بهما وقيمتها سواء فيقسم
بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها
موافقة وباقل منها مخالفة الى خيرو بالزيادة الى شرقلت الزيادة او كثرت
فلا يجوز (الا ان يشترى الباقي ببقية الالف قبل ان يخلصما استعسانا)
لان شراء الاول قائم وقد مصل عرضه المصريح به وهو تحصيل العبد بين بالالف
مأثرت الانقسام الادالة والصريح يفوقها (وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى
احدهما باكثر من نصي الالف بما يتغابن الناس فيه وقبض من الالف ما يشترى
بمثل الباقي جاز) لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمعارف وهو فيما قلنا
ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي ليتمكن تحصيل غرض
الامر قال (ومن له على اخر الف درهم فامرته فان يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز)
لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما ذكره ان شاء الله
تعالى (وان امره ان يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فاقبل ان يقبضه الامر
مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له) وهذا عند ابي حنيفة وقاله لا يلزم الامر

عقد جاز نافذ على المشتري ن (قوله فيكون بيعا ان فيكون تسليم العبد اليه بيعا مبتدأ وعليه العهد
اي على فلان عهد الاخذ بتسليم الثمن كذا فسره فخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضي خان وبديل
عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي نتائج (قوله استعسانا فيقيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الامر
لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعي رح نتائج

(قوله وعلى هذا أي على هذا التفصيل إذا أمره أي إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أي يعقد عقد السلم أو يصرف ما عليه أي يعقد عقد الصرف فإن عين المسلم إليه ومن يعقده عقد الصرف صح بالاتفاق والاختلاف وتخصيصهما بالذكر إنما هو لازالة ما يتردد في ذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في باب الصرف والسلم أيضا أم لا بناء على أن لهما شأنان مخصوصان في بعض الأحكام نتائج (قوله) أنها تنعبن في الوكالات أي بعد التسليم إلى الوكيل وفي النخبة قال محمد

١٢٨

رح في الزيادات رجل قال لغيره اشترى بهذه الألف الدراهم جارية واره الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل ثم قال الأصل أن الدراهم والدنانير لا تنعبن في الوكالات خلاف لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تنعبن فيه قبل التسليم فكأن أفيما هو وسيلة إليه فاما بعد التسليم هل تنعبن اختلاف المشايخ فيه فبعضهم قالوا تنعبن حتى تبطل الوكالة بهلاكها لأن يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير تنعبن في الأمانات وعامتهم على أنها لا تنعبن وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنتان أحدهما أنه يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فإن العرف الظاهر في ما بين الناس أن الموكل إذا وقع الدراهم

إذا قبضه المأمور) وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا تنعبن في المعاولات ديناً كانت أو عيناً الأثرى أنه لو تباعا عينا يد من ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر لأن يد الوكيل كيد ولاي حنيغة نهاتت في الوكالات الأثرى أنه لو قيد الوكالة بالعين منهما وبالدين منهما ثم استهلك العين لو اسقط الدين بطلت الوكالة فإذا تنعنت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى يد من على غير المشتري أو يكون أمره أن يصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبل وذلك باطل كما إذا قل اعطاني عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البايع لانه بصير وكيلا عنه في القبض ثم تمليكك وبخلاف ما إذا أمر بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيملك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لان عقد البيع تعاطيا قال (ومن دفع إلى آخر لقا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترى بها فقال الأمر اشترى بها بخمس مائة وقال المأمور اشترى بها بألف فالقول قول المأمور) ومراده إذا كانت تساوى الفالانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والأمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآخر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والأمر تناول ما يساوى الغا فيضن قال (وان لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الأمر) اما إذا كانت قيمتها خمسمائة فلم يخالفه وان كانت قيمتها القافه عنه انها ما يتجالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البايع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التعالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور قال (ولو أمره أن يشتري هذا العبد ولم يسلم له ثمنا فاشترى فقل الأمر اشترى به بخمس مائة وقال المأمور بألف وصديق البايع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قبل لاتجالي هاهنا لانه ارتفع الخلاف بتصدق البايع اذ هو حاضر وفي المسئلة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتجالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التعالي وهو يمين

(البايع)

الى الوكيل ير يد شرائه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للموكل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين ديناً للبايع على الوكيل وديناً للموكل على الموكل كقوله كما إذا قل اعط الخ فانه باطل فانه أمره بصرف ما لا يملكه الأمر إلا بالقبض إلى من يختاره المدين بنفسه عيني

(قوله اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق اذا بيع ازالة ملك بعض الى آخر فجاز ان يستعار منه كـ (قوله وامكن العمل بها الخ فان قيل لان ان العمل بالحقيقة يمكن ههنا لانه وكيل بشراعى بعينه فليس لموكل ان يشتريه لنفسه قلنا قد اتى الموكل ههنا بجنس تصرف آخر غير ما وكل به فان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال وما اتى به انما هو من جنس الشراء المعض فكان مخالفا للامر فيجوز عليه نتائج ﴿ ١٢٩ ﴾ (قوله بخلاف شراء العبد نفسه حيث نجعله للاعتاق

ووجه ورود انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغي ان يعمل على حقيقة اينما كان ولم يعمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما

اذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبذل بل احمل على الاعتاق ببذل لان المجاز فيه متعين لانه تعذر

اعتباره ببيع حقيقة لان البيع سوجب الملك له يشتري والعبد ليس من اهله كـ

(قوله وفي الحالين اى في حل الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله عينى

(قوله والمولى عساه لايرضاه اى لايرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب

الجنائية عليه ح و ربما ينضربه وشبه المصنف عسى بكاد

فاستعمل استعماله كـ (قوله حتى لا يملك البائع الخ كالمردع اذا اشترى الوديعه

وهو محض رته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن كـ

(قوله والعبد وان كان الخ جواب اشكال وهو ان يقال

ينبغي ان لا يجوز بيعه لنفسه لانه وكيل بشراعى معين

لنفسه فينبغى ان لا يتمكن العبد من ذلك عينى (قوله وفي مثله ينفذ على الموكل فان

على الموكل كما اذا صالح الموكل عن دعواه على ذلك العين او خالف امرأته على ذلك واشتراه باكثر من الثمن الذى عينه او بخلاف جنس ذلك الثمن كـ (قوله الوجهين وهما ان يكون مشتريا بنفسه لنفسه وان يكون مشتريا لغيره عينى

البائع بعد استيفاء الثمن اجنبى عنهما وقبله اجنبى عن الموكل اذ لم يجز بينهما بيع فلا يصدق عليه بقى الخلاف هذا قول الامام ابى منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب (فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)

(واذا قال العبد لرجل اشترى نفسى من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشترىته لنفسه فباعه على ههنا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس

العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببذل والمأمور صغير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه اذ اكان اعتاقا فعقب الولاء

(ان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا

كان معاوضة يثبت الملك له (الاتى للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشتري الذى مثله) ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الادع بخلاف الوكيل بشراء العبد

من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقد بين هناك على شرط واحد وفي الحالين المطالبة بتوجه نحو العاقب اما ههنا فاحد هما اعتاق يعقب للولاء لا مطالبة على

الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة لمحضة فلا بد من الجوار (ومن قال لعبد اشترى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل

فهو للآمر) لان العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبى عن ماله يته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماله يته في يده حتى لا يملك البائع الحبس

بعد البيع لاستيفاء الثمن فاذا اضافة الى الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر (وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقدرضى به المولى دون

المعاوضة والعبد وان كان وكيلاً بشراء شىء معين ولسكنه اى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعنى نفسى ولم يقل لفلان فهو حر)

لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه (فصل فى البيع)

قال (الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعق مع ابده وحده ومن لا يقبل شهادته له عند ابى حنيفة وقال لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبادا ومكاتبه) لان التوكيل

وهو لا يتمكن من ان يشتريه (جلد الثانى) (الهداية مع الكفاية) ٨ لنفسه فينبغى ان لا يتمكن العبد من ذلك عينى (قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل فان

على الوكيل كما اذا صالح الموكل عن دعواه على ذلك العين او خالف امرأته على ذلك واشتراه باكثر من الثمن الذى عينه او بخلاف جنس ذلك الثمن كـ (قوله الوجهين وهما ان يكون مشتريا بنفسه لنفسه وان يكون مشتريا لغيره عينى

(قوله متباينة دل عليه انه يجعل اللابن وطى جاريتيه ولولم يكن ملكه مبايناعن ملك ابيه لكانت جاريتيه مشتركة ولما حل وطى حاجك (قوله بدليل عدم قبول الشهادة فقد ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في موضع التهمة كـ) (قوله فصار بيعا الخ فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هولا بمثل القيمة ظهر الريح اولم يظهر مع انه له قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف ﴿٣٥﴾ على وجهه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هولا لا نظرا الى جهة استبداده ع (قوله والحمد بسكون الميم ما جسد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر ع (قوله بيع من وجه الخ لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء ع (قوله ممنوعة الخ المسائل مروية عن ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة يعتبر الاطلاق في جميع ذلك كـ) (قوله وانه بيع الخ جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لان سلم انه كذلك بل هو بيع من كلوجه نتائج (قوله يجوز عقده الخ هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت كـ) (قوله لانه يطلق العقد اى لا يضيف العقد الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان مل (في الاول) (قوله دهني ثم ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال فيجبت لاجله فقد يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف منه كان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه يسيرا وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه يسيرا نتائج الافكار

مطلق ولاتهمة اذا لاملاك متباينة والمنافع منقطة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز له ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه الاجارة والصرف على هذا الخلاف قال (و الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقال لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدينارين) لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء القمح والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناول مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصى وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة على ما هو المروى عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصى لا يملكانه مع انه يبيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد لكل واحد منهما قال (و الوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) لان التهمة فيه متعقبة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينقض على الامر لانه لا يملك شراء لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر ملثها جاز عند لانه لا يضمن الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يستغل تحت تقويم المفومين وقيل في العروض دهني وفي الحيوانات ده يارده وفي العقارات ده وازده) لان النصف يكثر وجوده

(قوله لقلة التصرف يحضره أن الغبن يز يدب قلة التجربة وينقص من كثرتها وقتلتها وكثرتها باقلة وقوم التجارات وكثرته وفي القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا فلزم الامر ان زاد على ذلك لزم الوكيل عيني (قوله ببيع عبده قيد بالعبدان بيع النصف فيما وكل ببيع مالم يس في بيعه ضرر كالحطنة والشعير جائز بالاتفاق ك) (قوله يجوز عند قيده بقوله عنده لانه لا يجوز عند هالانه بيع بغير فاحش عيني (قوله ١٣١) اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن انفع له من بيع الكل

بنالك الثمن عيني (قوله وهذا استحسان اى كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الاخر قيل الخصومة استحسان عند ابي يوسف ومحمد لان القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف عيني (قوله على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ك) (قوله وأخران الخ قال في غاية البيان يعنى أن الامر في صورة التوكيل بالبيع مصادق ملك الامر فصح أمره لولاية على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز ببيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق واما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصاذى ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للامر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلا يعتبر اطلاقه فلم يجوز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك

في الاول ويقال في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال (واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) لان اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع الا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عندنا فاذا باع النصف به أولى (وقال لا يجوز) لانه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة (الا أن يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما) لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة واذا لم يبيع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عند هما (وان وكله بشراء عبده فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موردا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقفا شقفا فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الامر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة أن في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وآخر الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال (ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن اولم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضى ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الامر) لان القاضى يتيقن بحديث العيب في يد البائع فلم يكن قضاءه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضى يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا انشاء والاطباء وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لافي الرد فيغتنق اليها في الرد حتى لو كان القاضى عابن البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال (وكذلك أن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في التناول لبعده العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الامر قال (فان كان ذلك باقراره لزم المأمور) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير

بنادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل أن يختصما فيجوز على الامر لانه حصل مقصوده نتائج (قوله لظهور التاريخ ليعلم ان التاريخ البيع منذ شهر فيظهر عند القاضى أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه ك) (قوله حجة مطلقة أى مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فنقد الرد على الموكل عيني

قوله لامكانه الخ يعني يمكنه السكوت والتكول حتى يعرض عليه اليمين ويقض بالسكوت والتكول فتأمل
(قوله أن يخاصم بائعه) أي موكله سواء بائع السكونه ومنزلة البائع في أنه يرد عليه الوكيل تارة ويخاصمه في الرد
بعض الصور كـ (قوله لأن الرد متعين وذلك لأنهما مفعلاعين ما يفعله القاضي لرفع الأمر إليه فانهما لوردة
الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه إقامة الحججة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال
الكافي فإذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كن تسليم الشفعة ١٣٢ ١٣٢ وقضاء الدين والرجوع

مضطر إليه لامكانه السكوت والتكول الآن له أن يخاصم الموكل فيلزمه
ببيئته أو بتكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث
مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه يبيع جديد في حق ثالث والبائع
ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحججة قاصرة وهي
الأقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور في الحججة
لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره
يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين وفي عامة الروايات
ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والمحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد
ثم إلى الرجوع بالنقص فلم يتعين الرد قد بيناه في الكفاية باطوار من هذا
قال (ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدى بنقد فبعتة بنسيئة وقال المأمور
امرتنى ببيعه ولم نقل شيئا فالقول قول الأمر) لأن الأمر يستفاد من جهته
ولادلالة على الإطلاق قال (وإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال
فالقول قول المضارب) لأن الأصل في المضاربة العموم الا ترى أنه يملك
التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى
رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب
المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق
الأمر بالبيع ينتظمه نقد أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة
وعندهما بتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن امر رجلا ببيع

عبد فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده واخذ به كفيلا فنوى المال
عليه فلا ضمان عليه) لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة
توثيق به والارتهان وثيقة للجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين
لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل

فصل

بالبيع يقبض أصالة وهذا لا يملك الموكل حجره عنه (وإذا وكل وكيلين
فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكل به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج
فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضى براهيما لا براهي

في الهبة نتائج (قوله ثم
إلى الرجوع أي ثم ينتقل
الحق بامتناع الرد يحدث
عيب أو يحدث زيادة في
المبيع إلى الرجوع بالنقصان
نتائج (قوله ولادلالة الخ
إذا الأمر بالبيع قد يكون
مقيدا وقد يكون مطلقا
ولادليل على أحد الوجهين
على أن الأصل في عقد
الوكالة التقيد لأن مبناه
على التقيد حيث لا يثبت
بدون ذلك فإنه مالم يقل
وكلتك ببيع هذا الشيء
لا يكون وكيلًا ببيعه الا ترى
أنه لو قال لغيره وكلتك بمالي
أو في مالي لا يملك الحفظ فكان
معيًا لما هو أصل فيه فكان
القول قوله نتائج (قوله
وإن اختلف الخ بأن قال
رب المال امرتك بالنقد
وقال المضارب بل دفعت
المال مضاربة ولم تعين
شيئا عيني (قوله إلى أي
أجل كان الخ حتى لو باع
لأجل غير متعارف بين
التجار بأن باع إلى خمسين
سنة جاز عنده عملا
بالإطلاق كـ (قوله والوجه

أي من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض وعندهما بتقيد بالتعارف كـ (قوله فنوى المال عليه بأن مات التكفيل مفلسا والمكفول عنه
أيضًا مات مفلسا أو غاب ولا يعرف موضعه أو بان رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة
كما هو مذهب مالك فعلم ببراءة الاصيل فنوى المال على التكفيل كـ (قوله فصل لما ذكر حكم وكالة
رجل واحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الرجلين لما إن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما

(قوله) والبطل الخ جواب سؤال وهو ان البطل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى الرأى فينبغي ان يستبدل كل واحد منهما بالتصرف ح فقال والبطل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن في البيع يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لنكاح احدهما وهمايته او يفتخر الآخر مشتريا لا يباطل في اداء الثمن كـ (قوله) والرأى الخ اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى ﴿ ١٣٣ ﴾ والمركل رضى برأيهما عيني (قوله) لتقويم

والبطل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة اختيار المشتري قال (الا ان يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيهما متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأى يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال (او بطلاق زوجته بغير عوض او بعنف عكس بغير عوض او بردوديعة عنده او قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وبعبارة المثني والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تملك مقتصر على المجلس لانه علق الطلاق بفعله ما فاعترضه بدفع لهما قال (وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال (الا ان يأذن له الموكل) لوجود الرضا (او يقول له اعمل برأى) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيل عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا يعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضى قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقب وكيله بحضوره جاز) لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه (وان عقب في حال غيبته لم يجز) لانه فوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه (وكذا الوباغ غير الوكيل قبله فاجازه) لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقب بغيره يجوز) لان الرأى فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهران غرض اجتماع رأيهما في الزيادة واختار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال (واذا زوج المكاتب العبد والنمى ابنته وهى صغيرة مرة

مسئلة او ماع او اشترى لهما لم يجز) معناه ان تصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق لتحقيق معنى النظر والرق بزل القدرة تطبيقه واجيب بان فيه ابطال حق الامر اذ باقاع النصف يسقط تطليقة كاملة فان قيل هذا الابطال ضمنى فلا يعتبر اجيب بان لاجابة اليه مع قدرتهما على الاجتماع نتائج (قوله) ولانه علق الطلاق الخ بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لهما امرها بايديكما اذ قد صرح المصنف الا في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشراح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك اردت طلاقك فان قلت طالق نتائج

(قوله قال ابو يوسف الخ انما خص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قول
لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وان قتل على ردة عندهما بناء على الملك ولكن تصرفات
على ولده موقوفة بالاجماع كـ (قوله ابعد من النسي الاترى ان شهادته على النسي لا تقبل والنسي
صار منادرا وان لم يكن منادينا وتحقق في حق النسي ما هو خلف عن الاسلام ولم يثبت في حق المرتد
شي من الاصل والخلف كـ) قوله باب الوكالة الخ اخر الوكالة ١٣٤ ✽ بالخصوصة عن الوكالة بالبيع

والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما (وقال ابو يوسف ومحمد
المرتد اذا قتل على ردة والحربي كذلك) لان الحربي ابعد من النسي فاولى
بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف
على ذلك ومالهما بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة
ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه
لم يزل كان مسلما فيصح

✽ باب الوكالة بالخصوصة والقبض ✽

قال (الوكيل بالخصوصة وكيل بالقبض) عندنا لا فالزفر هو يقول انه رضى
بخصوصة والقبض غيرا للخصوصة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه
واتمام الخصوصية وانتهاهما بالقبض والغنوى اليوم على قول زفر لظهور
الحيانة في الوكلاء وقديوتن على الخصوصية من لا يؤتمن على المال ونظيره
الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف
بغلافه وهو قاض على الوضع فالغنى على ان لا يملك قال (فان كانا وكيلين
بالخصوصة لا يقبضان الامعاء) لانه رضى بامانتهما لا بامانة احدهما واجتمعا
ممكن بغلاف الخصوصية على ما مر قال (والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصوصة عند ابي حنيفة) حتى لو اقيمت عليه البيعة على استيفاء الموكل
او ابرائه تقبل عنه وقال لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لان القبض غير الخصوصية وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصوصات
فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولا ي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون
تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من
وجه فاشبهه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسم
والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون
خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء
وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا هو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال (والوكيل
بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصوصة) بالاتفاق لانه امين محض والقبض
ليس بمبادلة فاشبهه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبده فاقام الندي

والشراء لان الخصوصية تقع
باعتبار ما يجب استيفاؤه من
هو في ذمته وذلك في الاغلب
يكون بمطالبة المبيع او الثمن
اولا نهامه جورة شرعا فاستغقت
التأخير عما ليس بمهجور
نتائج (قوله وهو قاض على
الخ اي العرف قاض وما كم
وراجع على الوضع لان وضع
الالفاظ لحاجة الناس وهم
لا يفهمون المعنى الموضوع له
بل يفهمون المجاز فصا المجاز
بمنزلة الحقيقة العرفية
(قوله على ما مر اشارة الى
قوله لان الاجتماع فيها متعذر
للافضاء الى الشغب في مجلس
القضاء نتائج) قوله والوكيل
بقبض الدين الخ قيد بالدين
لان الوكيل بقبض العين لا
يكون وكيلا بالخصوصة بالاجماع
والاصل ان التوكيل اذا وقع
باستيفاء عين حقه لم يكن
وكيلا بالخصوصة لان التوكيل
وقع بالقبض لا غيره اذا وقع
التوكيل بالتملك كان وكيلا
بالخصوصة لان التملك ان شاء
تصرف وحقوق العقد تتعلق
بالعاقبة فكان خصما فيها كـ
(قوله والوكيل بالشراء
تخصيص الوكيل بالشراء

بالذكري يدل على ان المراد بالفضل عليه في قوله في ما مر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء وهو
نتائج (قوله وهذا اي كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك لانه وكيل بتملك مثل الدين الذي على
الديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كـ (قوله لانه امين محض لانه
ليس بوكيل بالمبادلة فلم يتلف الحقوق بالقبض فلا ينتهت خصما فلا تقبل البيعة عليه اصلا قياسا كفاية

(قوله انه خصم الخ يعني ان البينة قامت على شيئين البيع وقصريد الوكيل ففى حق زوال الملك عن الموكل ان قامت البينة لاعلى خصم ففى قصريد الوكيل قامت على خصم فيسمع هذه البينة في قصريد الوكيل ولم يسمع في حق ازالة ملك الموكل كـ (قوله وغير ذلك كما اذا دعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل واقام بيينة على ذلك تقصريد الوكيل عن القبض كـ (قوله معناه اذا قامت الخ اى اذا اراد الوكيل بنقل المرأة

﴿ ١٣٥ ﴾

الى زوجها نقلها والوكيل يقبض العبد والجارسة قبضهما فاقامت المرأة الخ عـ (قوله منى يحضر الغائب فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة على العناق والطلاق عيسى (قوله دون الخ اى لاتقبل البينة في حق العنف والطلاق لان الوكيل ليس بخصم فيهما ولكن خصم في قصريد يده وليس من ضرورة قصريد القضاء بالعناق والطلاق على الغائب فتقبل في القصور دون غيره عيسى (قوله واذا اقر الوكيل سوا كان وكيل المدعى او وكيل المدعى عليه واقرار وكيل المدعى هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر لوجب المال على المدعى عليه كـ (قوله والاقرار بضاده فان الخصومة اسم لكلام يجرى بين اثنين عللا سبيل المشاجرة والمنازعة والاقرار اسم لكلام يجرى بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة كـ (قوله ولهذا اى لاجل

(هو فى يديه البينة على ان الموكل باعه اياه وقى الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استعسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستعسان انه خصم فى قصريد يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فيقتصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل فى قصريد يده كذا هذا قال (وكذلك العناق والطلاق وغير ذلك) معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العناق على الوكيل بنقلهم تقبل فى قصريد يده حتى يحضر الغائب استعسانا دون العنف والطلاق قال (واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضى) عند ابي حنيفة ومحمد استعسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر فى غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعى لا يجوز فى الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهى منازعة والاقرار بضاده لانه مسالمة والامر بالشىء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا الوكيل بالجواب مطاعا بتقييد بجواب هو خصومة لجرى العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستعسان ان التوكيل صحيح قطعاً فصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون احد ما عينا وطريق المجاز موجود على ما انبينه انشاء الله تعالى فيصرف الى يد تعري بالصحة قطعاً ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتخصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقرار له لا يختص مجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة او مجازاً والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازاً امالانه خرج فى مقابلة الخصومة اولانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة

عند تناول الامر بالشىء * ضده لا يملك اى الوكيل بالخصومة الصلح لوجود المضادة لان الصلح مط البعض والوكيل مأمور باستيفاء السك والابراء لانه اسقاط وهو مأمور بالاستيفاء هينى

(قوله يخرج من الوكالة لأنه لا يمكن أن يبقى وكيله بمطلق الجواب لأنه لا يملك الانكار لأنه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيله لابقى وكيله للجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا كافي (قوله صار عاملا لنفسه لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه يبرء ذمة السكفيل فسكنه بقبض الوكيل عيني (قوله فأنعدم الركن أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فأنعدم عقد الوكالة لأنعدم ركنه وصار هذا كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من ١٣٦ المحال عليه لا يصير وكيله لما قلنا

(قوله مع يمينه لأن الدين كان ثابتا والمدين يدعى امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينسكرك الوكالة والقول قول المنسكرك مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المدينين فيجب الدفع ثانيا (قوله والمظالم لا يظلم الخ فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لأن الوكيل في زعمه محف في قبض الدين عنه وبعد ماملت المدفع الاخذ منه ظلم عيني (قوله قال أي المصنف في البداية الا ان يسكون ضمنه عند الدفع أي عند دفع المال الى الوكيل وهذا استثناء من قوله لم يرجع عليه نتائج (قوله بمنزلة الكفالة الخ وجه المشابهة بين المستكفين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المسكوف عنه نتائج (قوله رجوع عليه لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء

الاجازة كان المدفوع اليه فصوليا فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون صامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه (ومن) ليكون امانة عنده من جهة المدينين وانما يقبضه ليكون امانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة من جهة المدينين ك (قوله وهذا اظهر أي جواز الرجوع في صورة التكنيب اظهر منه في صورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لأنه اذا كتبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب عيني

(قوله) لان الوكالة قد ثبتت بمعنى بالبينة لان وضع المسئلة كذلك ع (قوله) لانه نائبه يعني ان المطاوب يدعى حقا على المكيل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجرى في اليدين ك (قوله) حتى يحلف المشتري يعني لا يقض القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب بخلاف ما مر من مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين نتائج (قوله) بخلاف ما مر من مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين نتائج (قوله) باسترداد الغاء اذا القضاء لم ينفذ باطنا لانه

١٣٧

ما قضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسله ك (قوله) على الصحة لان قضاء القاضي في العقود والغسوخ ينفذ ظاهر او باطنا لا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذا حضر على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل ك (قوله) لانه اى لان الاستحلف لا يفيد فانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلف فائدة نتائج (قوله) في العشرة اى العشرة التي انفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل اى لا يكون متبرعا ك (قوله) فهذا اى ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان التوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء الصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان

في التوكيل بذلك تجوز الاستبدالع (قوله) ويصير متبرعا اى فيما انفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة

من الموكل عليه وان اسهلها ضمن لان ادراهم تنعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا عيني (قوله) واما الانفاق الخ يعني ان مسئلة الانفاق فرض الامر بثبوت الدين في ذمة للوكيل بانه امره بالانفاق والامر بالانفاق بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المبذوعة اليه بل يتعلق بمثلهما في الذمة ثم ثبتت به حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يحل معتبرا قياسا ايضا عيني

ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه مادام حيا كان اقراره ملك الغير لانه من اهله فلا بد ان في دعوى البيع عليه قول (فان وكل وكيل لا يقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال فان استوفاه فانه يدفع المال اليه) لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال (ويتبرع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال (وان وكله بغير في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند تكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة كما هو منهجه ولا يستحلف المشتري عند ذلك لانه لا يفسد واما عندهما قالوا يجب ان يتخذ الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطالان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير

دعوى البائع فينتظر للنظر قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عشرة عليهم من عند فاعل عشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا الاستحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس الاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الاتفاق يتضمن الشراء فلا بد خلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال (وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيل بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن

من الموكل عليه وان اسهلها ضمن لان ادراهم تنعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا عيني (قوله) واما الانفاق الخ يعني ان مسئلة الانفاق فرض الامر بثبوت الدين في ذمة للوكيل بانه امره بالانفاق والامر بالانفاق بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المبذوعة اليه بل يتعلق بمثلهما في الذمة ثم ثبتت به حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يحل معتبرا قياسا ايضا عيني

(قوله للوجه الاول وهو ان في العزل اضرار من حيث ابطاله من حيث ابطال ولايته كـ) قوله وقد ذكرنا
اشترائط العبد الخ اي في فصل القضاء بالمرار يث في كتاب ادب القاض في قوله ولا يكون النهي عن الوكالة
حتى يشهد عنه شاهدان الخ ع (قوله) ويبطل الوكالة الخ قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل
من غير توقف على رضى احد ومنهما ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول يبطل الوكالة الخ
وفي الثاني لا تبطل لان التوكيل في هذا

﴿ ١٣٨ ﴾

النوع صار لازما لتعلق حق
الغير به فلا يكون لدوامه
حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء
الامر وكلام المصنف عن بيان
التقسيم ساكت وهو مما
لا بد منه ع (قوله) لتصرف
غير لازم اذا للزوم عبارة
عما يتوقف وجوده على
التراضى من الجانبين وههنا
ايس كذلك لان كلامهما
لنفرد في فسخا فان للتوكيل
من يمنع نفسه عن الوكالة
وللموكل ان يمنع الوكيل
عنهما ع (قوله) او الشريكان
احد الشريكين فافترقا
يعنى به انه يبطل الوكالة
في حق الشريك الآخر النسي
لم يوجد منه التوكيل
صريحا وانما صار وكلا
عنده بالشركة فلما افترقا
لم يبق وكلا عنه اما يبقى
وكلا في حق الآخر وينه في
ان لا يعزل فيما اذا وكل
الشريكان صريحا بافتراقهما
كـ (قوله) لانه لا يصح فلوا
جن ساعة ثم افاق فهو على
وكالته وجعل هذا كالنوم
عينى (قوله) امره الامر
مصدر مضاف الى المفعول
ومعناه الامر النسي كان مأمورا

قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لان
في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه
فيقتضى من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيقتضربه ويستوى الوكيل
بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشترائط العدا والعدالة في المخبر فلا
نعين قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا لمحاقه بدار الحرب
مرتدا) لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من
قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرطان يكون الجنون مطبقا لان
قليله بمنزلة الاغماء وهذا المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط
به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالمرتد
وقال محمد محمول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقد ربه احتياطا قالوا
الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة
عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل اولى بدار الحرب بطلت
الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل
على رده او يحكم بلحاظه وقدم في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردها لا تؤثر
في عقودها على ما عرفت قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم
حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل
علم او لم يعلم) لماذا ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر
والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل مكسب
فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال (واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا ابطلت الوكالة) لانه لا يصح امره بعد جنونه
وموته (وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما)
قال رضى وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا يعود الوكالة لمحمد
ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به
وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكلا ولا يي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان

به لم يبق صريحا وانما عبر عنه بذلك لماذا ذكرنا من ان لدوامه حكم ابتداءه ع (قوله) لم يجز له (ولاية)
التصرف الخ هذا اذا حكم القاض بلحاظه بدار الحرب وذكر شيخ الاسلام في المسبوط وان لحق الوكيل
بدار الحرب مرتدا فانه لا يعزل عن الوكالة عندهم جميعا مالم يقض القاض بلحاظه كـ (قوله) لانه رفع المانع
ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا ان يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع ع

(قوله ولاية التنفيذ بالملك أى تمليك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق ع (قوله ملكه الخ يعنى يعتق ام ولد ومبرر بالقضاء بلعاقه وبعوده مسلما لا يعود ملكه فيها ولا يرتفع العتق فكذلك الوكالة التى بطلت لا تعود عينى (قوله فله بنفسه أى فعل الموكل بنفسه بان تزوجها بنفسه او اشتراها بنفسه كان ذلك عزلا حتى لو اباها بعد الزوج لم تكن للوكيل أن يزوجهامنه لانقضاء الحاجة بخلاف لو تزوجها الوكيل فاباها فان له أن يزوجهما ١٣٩) لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو اشتراها الموكل بنفسه وباعه

ثم اشتراها المأمور للأمر لم يجز ع (قوله ثلثا او واحدة الخ انما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكه بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو اثنتين بائنة كانت أو رجعية فان له أن يطلقها مادامت في العدة والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك ع (قوله حتى لو تزوجها أى تزوج المرأة التى وكل فيه الرجل بان يزوجهما ياه عينى (قوله فلورد عليه الخ فى النخيرة ولو اقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه انكانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد فى حق الثالث وكذلك انكانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وان فات لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم ك (قوله

ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود ملكه فى أم الولد والمبرر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتد لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد بنه أنها تعود كما قال فى الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال (ومن وكل

آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينظم وجوها مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته فاعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو بوكله بتزويج امرأة أو بشراء شئ ففعله بنفسه أو بوكله بطلاق امرأته وطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه واباها لم يكن للوكيل أن يزوجهامنه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وأباها له ان يزوجهامنه لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلورد عليه بعيب بقضاء القاضى فمن أبى يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد لا أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فهو بى بنفسه ثم رجع لم يكن الوكيل أن يهب ثانيا لانه مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله أعلم

كتاب الدعوى

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال فى الكتاب وهو مدعى صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الاجبة كالحارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك

بقضاء القاضى قيد بقوله بقضاء القاضى لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالا جماع لانه كالعقد المبتدأ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه (قوله وهو مدعى صحيح اما عمومته فلانه يتناول كل واحد من الحدود التى ذكرت فى المدعى والمدعى عليه اما صحنه فلانه جامع مانع عينى (قوله قيل أن القاضى يسميه مدعىا قبل اقامة البيعة واما بعدها يسميه محقلا لامتصيا

(قوله وهذا الصحيح لما ورد من قوله عليه الصلوة والسلام اليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه ع) (قوله دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى المودع اذا قال الخ ك) (قوله فالقول قوله مع اليمين ويحلفه القاضي بانه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه على انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفي عيني) (قوله وكذا في الشهادة اي كلف المدعى عليه باحضار المدعى يشير اليه عند اداء الشهادة واذا استحلف ١٤٥)

المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها عيني (قوله ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن ع) (قوله حاضرة الخ اي ان وقع الدعوى في عين غائبة لا يعرف مكانها بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك ك) (قوله ذكر قيمتها وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري انه هالك او قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرربه كافي) (قوله لان العين لا تعرف بالوصف لا مكان مشاركة اعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد القيمة تعرف به اي القيمة شئ يعرف العين به فذكرها يفيد وقد تعذر مشاهدة العين جملة حاله من قوله والقيمة تعرف به

بالظاهر وقل محمده في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا الصحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الخناق من اصحابنا لانه لا اعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فاقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرصد صورة لانه ينكر الضمان معنى قال) (ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق (فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها) ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلف لان الاعلام باقص ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر وجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لافلتنا واليمين اذا انكره وسنتكره ان شاء الله تعالى قال) (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال) (فان ادعى عقار احده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالب به) لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا يضمن ذكر الجبلان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عند ما خلافا لغير لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلئ به المدعى ولا كلفك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا يضمنه لانه انما ينتصب فصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده لا يثبت اليده الا بالبينه او علم القاضي هو الصحيح نفيا للهمة الواضحة اذا العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالب به لان المطالبة حقه فلا يضمن طلبه ولانه يحتمل ان يكون

يعنى والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذذاك اقصى ما يكون (مرهونا) في الاعلام نتائج (قوله ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهد ان بالبيع وقبض الثمن وترك ذكر الثمن جاز ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقارا اخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر المتروك على الغلط ع) (قوله ولانه يحتمل ان يكون الخ فلا تصح الدعوى قبل اداء الدين او اداء الثمن مل) (قوله احرص به عن قول من يقول يكتفى بتصديق المدعى عليه انه في يده

(قوله يزول هذا الاحتمال لانه لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لا يطالب بالانزعاع من ذى اليد ل
(قوله وعن هذا اى بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب الخ لان العين في يد ذى اليد
في هاتين الصورتين يعق ع (قوله بالوصف قال ذهبها او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينار
او درهما جيد او دريا او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة
الى ذلك وفي الجملة لابد في كل ١٤١ ٠ جنس من الاعلام باقضى ما يمكن به التعرف ع (قوله

مرهونا في يد او محبوسا بالثمن في يدك وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا
قالوا في المنقول يجب ان يقول في يدك بغير حق قال (وان كان حقا في الذمة ذكر
انه بطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد مضى فام يبق الا المطالبة لكن
لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به (قال (واذا صحته الدعوى سأل
المدعى عليه عنها) لينكشف وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار
موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه (وان انكر سأل المدعى البينة) لقوله عليه
السلام لك بينة فقال لا فقال لك يمينته سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا
يلزم السؤال ليمكنه الاستعلاف قال (وان احضرها قضى بها) لان تمام التهمة
عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استعلفه عليها) لما روينا ولا بد
من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه يعرف اللام فلا بد من طلبه

باب اليمين

(واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستعلف) عند ابي حنيفة
معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف يستعلف لان اليمين حقه بالحديث
المعروف فاذا طالبه به بجيبه ولا ي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على
العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الحنفى ومع ابي حنيفة فيما ذكر
الطحاوى قال (ولا ترد اليمين على المدعى) لقوله عليه السلام البينة على المدعى
واليمين على من انكر قسم والقسم تنافى الشرقة وجعل جنس الايمان على
المكرين وليس وراء الجنس شئ وفيه خلاف الشافعى قال (لا تقبل بينة
صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى) وقال الشافعى يقضى
بينة ذى اليد لاعتضا دها باليد فيتنقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح
ودعوى الملك مع الاعناق واستيلاء والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر
اثباتا واظهارا لان قدمائمه اليد لا يثبت بيته ذى اليد اذا لم يدل مطلق
الملك بخلاف النجاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعناق واختيه

بمعرض للسبب بان يقول هذا ملكى ولم يقل لمكة بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك عني
(قوله اولى يعنى ان بيته الخارج وبيته ذى اليد اذا تعارضا على الملك المطلق فبيته الخارج اولى
بالقبول عندنا وفي احد قولى الشافعى تهافتت البيئات ويكرن المدعى تركا في يد ذى اليد وهذا قضاء
ترك لا قضاء ملك وفي القول الاخر ترجيح بيته ذى اليد فيقضى بهما للنسب في يده قضاء ملك بالبيته
وهو الذى ذكره المصنف بقوله وقال الشافعى رح الخ

(قوله فيترجع هذا الجانب أي جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على جمع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذلولاذلك لا قدم على اليمين اقامته للواجب دفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل المتدين لا يترك الواجب ولا يترك دفع الضرر عنه بشئ من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع ﴿ ١٤٢ ﴾ عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهده فاذا لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقيم على اقامة الواجب او يعطى حق خصمه وقيسقط عن عهده الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا نتائج (قوله لما قد مناه اشار به الى قوله ولا

وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فاذا اخلى يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذلولاذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفع للضرر عن نفسه فيترجع هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه قال (وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والاقضيت عليك بما ادعاه) وهذا الانذار لعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاص لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المنهوب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا اخلى وقد يكون حكيميا بان يسكت وحكمه حكم الال اذا علم انه لا آفة به من طرش او فرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند ابي حنيفة ره ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والقي في الابلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاء ان تقول الجارية انا ام ولد مولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء باقراره ولا يلتفت الى انكاره اهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلائنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحد وتندرئ بالشبهاب واللعان في معنى الحد ولا يمينه انه بنل لان معه لا يبقى اليمين واجبة لمصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبنل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بنل لدفع الخصومة فيه ملكه المكتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه

يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهده فاذا لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقيم على اقامة الواجب او يعطى حق خصمه وقيسقط عن عهده الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا نتائج (قوله لما قد مناه اشار به الى قوله ولا يترك اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البيعة على المدعى واليمين على من انكر نتائج (قوله موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي لا يحكم بالنكول بل يرد اليمين على المدعى (قوله وهذا التكرار الخ وصورة ذلك ان يقول القاضي اخلى بالله ما هذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا اولاشئ منه فان نكل يقول

ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضى عليك ان لم تحلف (حقا) ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعي المدعى ع (قوله وصورة الاستيلاء الخ انما خص صورة الاستيلاء بالنكر من بين اخواته تنبيها على امتناع الدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخوته الخلافية فان للدعوى فيه مساهغا من الجانبين نتائج (قوله على ما قدمنا يعني (قوله انه اولا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفع للضرر عن نفسه يعني

(قوله) وامر المال هين جواب سؤال مقدر هو انه هلا جعل في الاشياء المذكورة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجاب بان امر المال هين لان المال حلف في الاصل بما احام به لا لمصالح الناس فيجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان امرها ليس هين حيث لا يجري فيها الاباحة مل (قوله) ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البطل لا يجري فيه كما مر فان قيل يلزم على هذا ان يتحقق الملزوم اى المهر يدون اللازم اى النكاح قلت

١٤٣

ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واماثبوت عند القاض فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لجواز ان يقدم الحجة على الاول دون الثاني فالذى يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاض يدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام مل (قوله) اذا كان يثبت ان ادعى رجل ان فلانا ابني او ادعى انه ابى فاذا نكل يثبت وفي حق المرأة ادعت ان فلانا ابى يثبت النسب بالنكول مل (قوله) في حق الرجل فانه اذا اقر بالاب والابن يصح اقراره بنتائج (قوله) خصوصا الخ الاصل ان امتناع انقصا اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شىء لا القصاص ولا المال كما اذا اقام يدع القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين

حقا لنفسه والبطل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيان الضمان ويعمل فيه النكول القطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحل الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والمهر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالأب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجعله استلخف

بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيمادون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر) وهذا عند ابى حنيفة وقال لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولى يدعى العمد ولا بى حنيفة ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فيجري فيها البطل بخلاف النفس فانه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبطل لانه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البطل مفيد لان دفاع الخصومة به فصار كقطع اليد لا كقطع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين وحق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال (واذا قال المدعى

لى بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة جائزة بالنفس عندنا وقدره من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسن عندنا لان فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصع التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابى حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الحامل والوجيه والحقير

او الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولي الخطأ والقائل العمد ك (قوله) يسلك بهامسلك الاموال لانها غلقت وقاية للنفس كالاموال فاذا كان كذلك فيجري الخ عيني (قوله) لا كلة على وزن الفاعلة وهى فرحة غائرة في البين كثيرة العفن وسببها دم فاسد عيني (قوله) كما في القسامة الى تقسيم اليمين على اهل المعلة فانه اذا وجد القنيل في معلة ولم يعلم من قتله استخلف خمسون رجلا منهم بخنارهم الولي بالله ما قلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرروا او يجلفو عيني

(قوله لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال ع (قوله فيلزم مقدار الخ لان هذا القدر يحصل به النظر للمدعى فاما في امساكه على باب القاضى يوما واكثر ليحضر المدعى بيعة ضرر على المطلوب فاذا جاء وان قيام القاضى عن المجلس ولم يحضر المدعى بيعة فان القاضى يحلفه ويخلى سبيل المطلوب لينهب حيث شاء عيني (قوله نذكرها الخ والنسب يذكروا المصنف هناك هو انه يدور معه اينما دار ولانه يجلسه في موضع لانه حبس ولو ١٤٤٠ دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة انتهى نتائج (قوله فصل في كيفية اليمين الخ لما ذكر نفس اليمين وانه في اى موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان كيفية الشيء وهى ما يقع به المشابهة والا مشابهة صفة والصفة تقتضى سبق الموصوف نتائج (قوله ولاشئ منه انما ذكر ولاشئ منه لجواز انه قد ادى البعض مل (قوله وله ان يزيد الخ وذلك لان احوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ومنهم من يتجاسر ولا يهاب عيني (قوله الا انه يحتاط والا احتياط ان يذكر الاسماء والصفات بغير او فواو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواو اتصارت ثلثة ايمان والمشتق يمين واحد ك (قوله في الخطير من المال وفي الاقرار اذا قل اقلان مال عظيم يلزمه النصاب الشرعى عيني (قوله لما رويناهو قوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اولين نتائج

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

قال (واليمين بالله دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اولين وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك (وقد توكذب كرا وصادقه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما اقلان هذا عليك ولا قبل لك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولاشئ منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا ينكر عليه اليمين لان المستحلف يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاحي ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق) لما رويناه وقيل في زماننا اذا الع الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بذلك لقلة المبالة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى انزل المورا على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الا عوراشك بالله الذى نزل النورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما ما يكره المنزل على نبيه ويستحلف المجوس بالله الذى خلق النار) هكذا ذكر محمد بن الاصل ويرى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الحنفى انه لا يستحلف غير اليهودى والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله المعظمة

(قوله وما ينبغي ان تعظم لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى (باو الوثنى) خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوس بالله الذى خلق النار وفي المبسوط وانه وقع عند محمد انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فلما مقصود وهو التكلول قال بنكر ذلك في اليمين نتائج

(قوله ولا يجب الخ وقال الشافعي ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ عشرين دينارا مثقالا
يغض بالمكان فبين الركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبي عليه السلام في المدينة والمسجد الجامع في غيرها
والمسجد ان لم يكن ثمه جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة ك (قوله يكلف حضورها اي حضور بقعة
معينة من المكان وساعة معينة من الزمان عيني (قوله ومن ادعى الخ هذا بيان نوع آخر من كيفية اليمين
وهو الحلف على الحاصل السبب ع ١٤٥) (قوله ولا يستحلف بالله ما بيعت لانه اذا حلف على البيع

يضطر الى اليمين الكاذبة
عيني (قوله وفي دعوى
الخ زاد ذكر الدعوى في
هذه المسئلة التي هي
اخر المسائل المتناسبة
المذكورة هنا ايماء
الى انها معتبرة في المسائل
السابقة ايضا الا انها
تركت فيها اعتمادا
على انفهامها بمعونة
المقام نتائج (قوله
في هذه الوجوه قال بعض
العلماء ههنا كلام وهو
انه لا يحلف في النكاح
عند ابي حنيفة فلا يكون
التحليف فيه على الحاصل
عنده كما لا يخفى انتهى
اقول ههنا ظاهر ولكن
الظاهر ايضا ان يعمل
كلام المصنف ههنا على
التغليب اي تغليب سائر
الوجوه على حكم وجه النكاح
اعتمادا على ظهور عدم
جريان الاستحلاف في النكاح
مما مر نتائج (قوله على
السبب لان اليمين ليست في
حق المدعى فوجب ان
يكون مطابقا للمدعى
والمدعى يدعى السبب
عيني (قوله وقيل فاذله

والوثنى لا يحلف الا بالله) لان الكفرة باسرههم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى
دولن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون في
بيوت عبادتهم) لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليب
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم القسم به وهو حاصل
بدون ذلك وفي ايجاب ذلك مرجع على القاضي حيث يكلف حضورها وهو
مدفوع قال (ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالثمن فجحد استحلف بالله
ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بيعت) لانه قد باع العين ثم يقال فيه
(ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصب) لانه
قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)
لانه قد بطرء عليه الخ (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف
على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب ينقض المدعى عليه
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك
على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل
ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر
الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا
يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف
على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى ميتوتة نفقة العدة والزوج
من لا يراها او ادعى شقة الجوار والمشرى لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى وان كان
سببا لا يرتفع برفع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى
العنف على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق
وعليه بنقض العهد والحق ولا يكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا
وادعاه آخر يستحلف على علمه) لانه لا علم له باصنع المورث فلا يحلف على البنات
وان وهب له او اشراه يحلف على البنات) لوجود المطلق لليمين اذا الشراء
سبب اثبتت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على الآخر

شمس الاثمة الحلواني قال ١٠ (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية)
عمل اكثر القضاة عيني (قوله بخلاف الامة اذا ادعت على مولاه انه اعتقها فانه لا يحلف بالله ما اعتقها ولكن
يحلف على الحاصل اي ما هي حرة في الحال مل (قوله لا يكرر على العبد المسلم فان التكرار انما يكون
بنقض وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم لا يتصور لانه يقبل بالارتداد عناية

(قوله فافتدى يمينه الخ فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح من اليمين فانما يكون على مال اقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبت عن الحطيطة وكلاهما مشروع نتائج (قوله لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم حيث لم يجوز وكان له ان يستعفى لان الشراء عقد تملك المال بالمال واليمين ليست بمال ع (قوله باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد فرعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع ١٤٦ * نتائج (قوله اقوى منها

مالا فقد يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضى (وليس له ان يستعفه على تلك اليمين ائدا) لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال (واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنه ادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه واقام احدهما البيينة قض له بها) لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبيينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بيينة كانت البيينة المثبتة للزيادة اولى لان البيئات للاثبات ولا تعارض في الزيادة (ولا كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بيينة البائع اولى في الثمن وبينه المشتري اولى في المبيع) نظر الى زيادة الاثبات (وان لم يكن لكل واحد منهما بيينة قبل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والافسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والافسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علمابه يتراضيان (فان لم يتراضيا استخلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بمائة والبائع ينكره فكل واحد منهما منكرف فاحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعى شيئا لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنه اعرفناه بالنص وهو قول عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال (ويبتدى بيمين المشتري) وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا وهو رواية عن ابى حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشد هما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن اولانه يتعجل فائدة التسكول وهو الزام الثمن ولو لم يمين البائع تناخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول ولا يبتدى بيمين البائع لقول عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائده التقديم

لان البيينة توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجب الحكم عليه نتائج (قوله ولا تعارض في الزيادة لان البيينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البيينة المثبتة للزيادة ساكنة عن المعارض عيني (قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا الخ فقال البائع بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثتها وهذه الجارية معها خمسين دينارا ع (قوله فان لم يتراضيا اى ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او مما يدعيه كل واحد منهما كافي الصورة الثالثة استخلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر نتائج (قوله لانه يطالب اولا بالثمن هذا يدل على تقدمه في الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو نسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في النسي يترتب عليه ع (قوله تناخر المطالبة الخ

لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوى الثمن ك (وان) (قوله اذا اختلف المتبايعان الخ قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لانه يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه غاية البيان (قوله خصه بالذكر الخ يعنى انه عليه السلام جعل القول ما قاله البائع وذلك يقتضى الاكتماء بيمينه لكن لا يكتفى به اقل من الهداية بهاء عناية

(قوله وان كان الخ يعني ان هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن وان كان الخ نتائج (قوله) تأ كيد ابيدانه انه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ربما يعطى ويكون بارا في يمينه فلعنه اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بالف ربما يعطى لحوار انه باعه بالف ودرهم ويكون صادقا في يمينه انه لم يبع بالف درهم فيبطل حق ﴿ ١٤٧ ﴾ المدعى والاصح الاقتصار على النفي ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يدعى البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي بالحلف لانه لا يعتن في يمينه وكذا المشتري لو كان اشتراه بالف ودرهم لا يدعى الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالي بالحلف على انى لانه لا يعتن في يمينه كـ (قوله) فلا تحالف بينهما وقال زفر والشافعي يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان الموجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن قلنا الاجل ليس وصف الثمن فان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا لا صله في الاستعانة كـ (قوله) لان هذا الاختلاف الخ والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فينتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما ثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف

(وار كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدء القاض بيمين ايهما شاء) لاستواءهما (وصفة اليمين ان يعطى البائع بالله ما باعه بالف ويعطى المشتري بالله ما اشتراه بالفين) وقال في الزيادات يعطى بالله ما باعه بالف واقتباه بالفين ويعطى المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأ كيد والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال (فان حلفا فسخ القاض البيع بينهما) وهذا يدل على انه لا يفسخ بنفس التعالي لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاض قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البديل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال (وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال (وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لان هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الخط والابراء وهذا لان بائعه لا يخل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التعالي لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا غنابا حنيفة ابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحلفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتعالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولا ي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام

المتبايعان في المبيع او الثمن كـ (قوله) فيتعالفان * ١٠ فان المشتري اذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عيني (قوله) كما اذا اختلفا في جنس الخ بان ادعى احدهما الدراهم والاخر الدنانير فيتعالفان ويلزم المشتري رد القيمة عيني (قوله) لما انه سلم للمشتري الخ ولا يدعى المشتري على البائع شيئا ينكره لان المبيع مملوك له سلم اليه عيني

(قوله فلم يكن في معناه لان عند قيام السلعة ينشأ الضرر عن كل واحد منهما بالتعالي فانها ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعدها كما لا يحصل ذلك فالتعالي بعد الهلاك لا يحتل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتعالي اذا الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد كـ (قوله) ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذي يدعي صاحبه اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو والبائع وصار بمنزلة اختلافهما في الثمن والفين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف مالهو اختلاف في جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهما اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار اختلاف السبب كان ينبغي ان لا يتعالي عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل للمشتري وطبها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به كـ (قوله) وقال محمد يتعاليان الخ والجواب ان هلاك البعض محجوج الى معرفة القيمة بالحرز وذلك

١٢٨

السلعة والتعالي فيه يقضى الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينافان كان عينيا يتعاليان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال (وان هلك احد العبدتين ثم اختلفا في الثمن لم يتعالي عند ابى حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك من الثمن وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابى حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحى ولاشئ له) وقال ابو يوسف يتعاليان في الحى وينفسخ العقد في الحى (والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتعاليان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لا يمنع التعالي عنده فهلاك البعض اولى ولا ييوسف ان امتناع التعالي للهالك فينتقد بقدره ولا يي حنيفة ان التعالي على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بقوات بعضها ولانه لا يمكن التعالي في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحرز والظن فيؤدي الى التعالي مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلته القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتعاليان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التعالي كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولاشئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقربه المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التعالي لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يعالجى المشتري ثم تفسير التعالي على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلقا ولم يتفقا على شى فادعى احدهما الفسخ او كلاهما

مجهول في القسم عليه فلا يجوز عـ (قوله) فينتقد بقدره اي فينتقد الامتناع بقدر الهالك لان (يفسخ) الحكم لا يزيد على العلة عينى (قوله) وهذا اي توجيه قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بما ذكر من قوله يكون الثمن كله الخ بل (قوله) ينصرف الخ فيصير معنى الكلام لم يتعالي عند ابى حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك زائدة على ما اقربه المشتري فعلا يمين على المشتري نتائج

(قوله والصحيح انه يحلف الخ قال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدین فما يخص الى الف مثلا على زعم البائع وخمسائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما اشتريته بالف ويحلف البائع بالله ما بعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا بفسخ العقد في الحى ثم يحلف المشتري على حصته الهالك فاما نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما اقربه دون الزيادة والصحيح انهما يتجالفان على جملة الثمن

١٤٩

يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشتري بردها الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القاءم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض (وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى) وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل (اشترى عبيدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنه يجب عليه ثمن ما هلك عنه ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر والقول للمنكر (وان اقاما البينة فبينة البائع اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدین وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليهما والبائع منكر حقيقة فلها كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلها تقبل بينته ايضا وتراجع بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف قال (وان اشترى جارية وقبضها ثم تقايل ثم اختلفا في الثمن فانه ما يتجالفان ويعود البيع الاول) ونحن ما اثبتنا التعالفي فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة وفسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض القياس بواقعة على ما مر ولها نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد فالقيمة على العين فما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري (ولو قبض البائع بعد الاقالة فلا تعالفي عند ابي حنيفة فابي يوسف خلا للمعد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال (ومن اسلم عشرة دراهم في كرحنطة ثم تقايل ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود

لان من اشترى شيئين بالف درهم يصدق في يمينه انه ما اشترى احدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول ك (قوله ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعنى يقسم الذى اقربه المشتري في العبد القاءم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذى اقربه المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك على الثلث من قيمة القاءم يجب على المشتري ثلث ما اقربه من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القاءم يوم القبض القاءم وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان

قيمة الهالك والبائع ينكره (قوله اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباته الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعى زيادة في قيمة القاءم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذى وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القاءم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا فكانت احق بالاعتبار

(قوله بخلاف الاقالة في البيع فانها تعتزل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع فتايع
(قوله تقبل بينته اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر
للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية بقبولها لما ذكرنا ع (قوله اذا
كان مهر مثلها الخ اما اذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته او اكثر مما ادعته فبينة الزوج اولى لان بينة الزوج تثبت للمهر
وبينة المرأة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر ١٥٠ المثل ك (قوله تعالفا قبل التعالفا

مشروع في البيع والنكاح
ليس في معناه اجيب بان
موجبه في البيع كون كل واحد
من المتعاقدين مدعيا ومنكرا
مع عدم امكان الترجيح
وهو ههنا موجود فالحق به
ع (قوله ولكن يحكم مهر
المثل استدراك عن قوله
ولا يفسخ النكاح ك (قوله
فلهمنا يقدم في الوجوه
كلها اي فيما اذا كان مهر
المثل مثل ما اعترف به
الزوج او اقل منه او مثل
ما ادعته المرأة او اكثر
منه او كان مهر المثل اكثر
ما اعترف به الزوج وقل
ما ادعته المرأة ففى
هذه الوجوه الخمسة كلها
يقدم التعالفا عند ابي
الحسن السكرخي لانهما
اتفقا على اصل التسمية
فكانت التسمية صحيحة
في اصلها والتسمية الصحيحة
تمنع المصير الى مهر المثل
واذا حلف تعذر العمل
بالتسمية فصارت التسمية
كان لم تكون فيحكم مهر
المثل ك (قوله وتخريج
الرازي بخلافه فانه لا يقول

السلم) لان الاقالة في باب السلم لا تحتل النقص لانه اسقاط فلا يعود السلم
بخلاف الاقالة في البيع الا يرى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرد به بالعيب
وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود
البيع دل على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج
انه تزوجها بانى وقالت تزوجننى بالقيين فايهما اقام البينة تقبل بينته) لانه نور
دعواه بالحجة (فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لانها تثبت الزيادة معناه اذا
كان مهر مثلها اقل مما ادعته (وان لم تكن لهما بينة تعالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ
النكاح) لان اثر التعالفا في انعدام التسمية وانه لا يدخل بصحة النكاح لان المهر
تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ (ولكن يحكم مهر
المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج) لان الظاهر
شاهد له (وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر
المثل اكثر مما اعترف به الزوج اقل مما ادعته المرأة قضى لها به مهر المثل) لانها
لما تعالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الخط عنه قال ذكر التعالفا اولى
ثم التحكيم وهذا قول السكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية
وسقوط اعتبارها بالتعالفا فلهمنا يقدم في الوجوه كلها ويبدء بيمين الزوج
عند ابي حنيفة ومحمد تسجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي
بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده (ولو
ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه المجارية فهو كالمسئلة
المقدمة الان قيمة المجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها فيه منها دون
عينها) لان تملكها لا يكون الا بالنراض ولم يوجد فوجب القيمة (وان اختلفا
في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تعالفا وتراداه) معناه اختلفا في المبدل
او في المبدل لان التعالفا في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامه
قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدئ بيمين
المستاجر) لانه منكر لوجوب الاجرة (ان وقع في المنفعة يبدئ بيمين المواجه

(فايهما)

بالتعالفا الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهد الا احد هما بان يكون اكثر مما اقر به الزوج وقل
ما ادعته المرأة واما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقول المرأة
او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لاجباب مهر المثل بل لمعرفة
من يشهد له الظاهر ثم الاصل في العدوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ك

(قوله يمنع التعالي والمعقود عليه ههنا عرض وهو المنفعة والعرض لا يبقى زمانين ع) (قوله لما ان له قيمة لان القيمة للعين قائمة مقام العين لان العين تنقوم بنفسه مل) (قوله لانه هو المستحق عليه اى هو الذى استحق عليه ومتى وقع الاختلاف فى الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا فى الكافى نتايج) (قوله عند الاداء يعنى اذا ادى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر الى كونه مقابلا بالعق) (قوله فبقى اخلافا الخ) ﴿ ١٥١ ﴾ فالعبد لا يدعى شيئا بل هو منكسر لما يدعيه المولى

من الزيادة والقول قول المنكر عني (قوله فلا يتعا لقان وان اقام احدهما بيينة تقبل بيئته لانه نور دعواه بها وان اقام البيينة كانت بيينة المولى اولى لانها ثبتت الزيادة الا انه اذا ادى قدما اقام البيينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه نتايج) (قوله واذا اختلف الزوجان اى ادعى كل واحد منهما ان الكل له عني) (قوله فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل اى القول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ك) (قوله وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والمخلة والحلى فهو للمرأة اى القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صانعا او يبيع ثياب النساء ك) (قوله كسوقاية وهى ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بها لانها تنقى الخمار ع) (قوله وما يصلح لهما كالفرش والامتعة والاداني والزيف والعقار

فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما اقام البيينة قبلت ولو اقامها فبيينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وان كان فى المنافع فبيينة المستاجر اولى وان كان فيهما قبلت بيينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو ان يدعى هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتعالفا وكان القول قول المستاجر) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التعالي عندهما وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما ازاله قيمة تقوم مقامه فيتعالفان عليها ولو جرى التعالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تنقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تعالفا وفسخ العقد فيمابقى وكان القول فى الماضى قول المستاجر) لان العقد ينقض ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف المبيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتعالفا عند ابي حنيفة وقالوا يتعالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعى لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه المبيع والجامع ان المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتعالفان كما اذا اختلفا فى الثمن ولا يبي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للرجال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقى اختلاف فى قدر اليد لا غير فلا يتعالفان قال (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالزينة) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف فى مال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفقرة (فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال

والمنزل والمراسى والنقود فالقول للزوج فيه ايضا لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج فكان الاموال كلها فى يد الزوج ك) (قوله لانه يعارضه الخ فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب احدهما لايسه والاخر متعلق بكمه فان اللبس اولى ك) (قوله ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء عناية

(قوله وهذا الذي ذكرنا بعنى من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجل فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة الخ معناه مما يصلح لهما مع (قوله لما قلنا لابي حنيفة اى من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الحية واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت ١٥٢ الخ ع) (قوله لقيام الوارث

والنساء فهو للباقي منهما) لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها او الباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لامعارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم) وقال محمد ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته) لما قلنا لابي حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وان كان احدهما مملوكا فالمنع للحر في حالة الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحي بعد الممات) لانه لا يد للميت فجعلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في المحرمات

فصل فمن لا يكون خصما

(واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعني فلان الغائب اودعني عندي او غيبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) وكذا اذا قال آجرني و اقام البينة لانه اثبت بينته ان يد ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تدفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البنية شيان ثبوت الملك للغائب لا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تدفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يد فهو باقراره يريد ان يعول مقام متحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحمجة كما اذا ادعى تحول الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تدفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيعتال لا بطل مفع غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله (ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تدفع عنه الخصومة) لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعى ولانه ما حاله الى معين ليتمكن للمدعى اتباعه فلو ان دفعته لنصر ربه المدعى ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني

الخ اى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه فيماله فكما ان المشكل له في حيوته مع يمينه فكذلك كان القول لورثته عيني (قوله لان يد الحر اقوى لانها يهلك ويد المملوك ليست بيد ملك ك) (قوله وهذا اى ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المجبور والعبد المأذون والمكاتب نتائج (قوله بمنزلة الحر والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض ع (قوله هذا الشيء اودعني الخ صورته دارا وثوب في يد انسان ادعى رجل عليه انها له فقال ذو اليد هذا الشيء الخ فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعى عيني (قوله واقامتها البينة فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق مالم يخضر الغائب عيني (قوله ولانه ما حاله الخ فيه قصور لانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابي

حنيفة وابي يوسف بالمسئلة الآتية وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه (وعند فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر ثم ان الظاهر كان ان يقول المصنف لانهم ما حالوه بدل قوله لانه ما حاله لان المسئلة في ان لا يعرفه الشهود لاني ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه نتائج الافكار

(قوله والمدعى هو الخ جواب عن قول محمد لو انتفعت الحصومة لتضرر المدعى ع (قوله وهذه المسئلة الخ يعنى هذه المسئلة من مسائل كتاب الدعوى من الاصل يسمى خمسة لما فيها من خمسة اوجه لان ذال اليد قال هذه ودیعة او عارية او اجارة او رهن او غصب او يسمى خمسة لان فيها خمسة اقوال عینی (قوله الاقوال الخمسة وهو قول ابن شبرمة وقول ابن ابی لیلى وقول ابی یوسف وقول محمد وقول ابی حنیفة نتائج (قوله وان ١٥٣) قال ابتعته الخ يعنى اذا ادعى على ذی اليد عینا فقال ذال اليد

وعند ابی حنیفة تنفع لانه اثبت بينه ان العین وصل اليه من جهة غیره حیث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم یکن یدیه خصومة وهو المقصود والمدعى هو الذی اضر بنفسه حیث نسى خصمه او اضره شهوده دون المدعى علیه وهذه المسئلة خمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم ان یدیه یملك اعترف بكونه خصما

(وان قال المدعى غصبته منى او سرقته منى لا تنفع الحصومة وان اقام ذال اليد البينة على الودیعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل علیه لا ببینه بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار یدیه حتى لا یصح دعواه على غیر ذی الید ویصح دعوى الفعل (وان قال المدی سرق منى وقال صاحب الید

او دعیه فلان واقام البينة لم تنفع الحصومة) وهذا قول ابی حنیفة وابی یوسف وهو استحسن وقال محمد تنفع لانه لم یدع الفعل علیه فصار كما اذا قال غصب منى على مالم یسم فاعله ولهما ان ذکر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذی فی یدیه الا انه لم یعینه درعاً للحد شفقة علیه واقامة الحسبة السر فصار كما اذا قال سرق منى الغصب لانه لاحد فيه فلا یجترع عن

كشفه (وان قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب الید او دعیه فلان ذلك اسقطت الحصومة بغير بينة) لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فیکون وصوله الى ید ذی الید من جهة فلم یکن یدیه خصومة الا ان یقیم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببینته كونه احق بامساكها

باب ما یدعیه الرجلان

قال (واذا ادعى اثنان عینا فی ید آخر کل واحد منهما یزعم انه له واقاما البينة قضی بها بينهما) وقال الشافعی فی قول تهاترنا فی قول یقرع بينهما لان احدی البینتین كاذبة بیقین لاستحالة اجتماع المملکین فی الكل فی حالة واحدة وقد تعذر التمييز فیتهاتران او یصار الى القرعة لان النبی علیه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلین اختلفا الى رسول الله

فكان فی جعله سارقا احتیالا للدرر ولم یترک به عقوبة سوى الضمان ك (قوله تهاترنا ای البینتنا ای تساقطت وبطلت مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقوط من الكلام والخطأ فيه كذا فی المغرب ك (قوله فیتهاتران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بکة واخران انه عتق عبده بالسكوفة فی ذلك اليوم وذلك لان تهمة الکذب تمنع العمل بالشهادة فالتیقن اولى ك

(قوله كان في ابتداء الاسلام اى كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بعمرة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذا تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا ايضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاض هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطبيبا لقلوبها ونفيًا للهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار (قوله فصحت الشهادتان

١٥٤

فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لا علم للعباد بمخائفي الامور وانما يعتمد ظاهر الحال وقوله ان القاضى يتيقن بكنب احد هما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيئا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له ك (قوله اولى ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس يجلى لانه انما يكون اولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تغتمن انقضاء العدة فيهما اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك ع (قوله اقوى من الاقرار لان البيئنة حجة متعديّة واقرار حجة قاصرة عيني (قوله فلا ينقض اى لا ينقض القضاء بالبيئنة الثابتة التى هي مثل الاول بل دونها لان اولى تأككت بالقضاء فتأج (قوله لولا بيئنة صاحبه يعنى لولا

صلى الله عليه وآله وسلم في نافة واقام كل واحد منهما بيئنة ففرض بها بيننا نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة حق لكل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتصنيف اذ العمل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قل (فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقام بيئنة لم يقض بواحدة من البيئتين) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاثراك (قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يرق البيئتان فاما اذا وقنا فصاحب الوقت الاول اولى (وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البيئنة فهي امراته) لتصادقهما (وان اقام الاخر البيئنة قضى بها) لان البيئنة اقوى من الاقرار ولو تفرّد احدهما بالدعوى والمرأة تجتمع فاقام البيئنة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر واقام البيئنة على مثل ذلك لا يحكم بها) لان القضاء الاول قد صرح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (الا ان يوقت شهودا لثاني سابقا) لانه ظهر الخطا في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بيئنة الخارج الاعلى وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد (واقام بيئنة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه) لان القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالقضولين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخبر كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقد فلعل رغبته في تملك الكل فيرده وبأخذ كل الثمن فان (قضى القاضى به بينهما فقال احدهما لا اختار النصف لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه) لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبيئنة لولا بيئنة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تغيير القاضى حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعى الكل لم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزامنة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر

بيئنة صاحبه لظهر استحقاقه في الكل وقد انتسخ بقضاء القاضى فلا يعود الا بانشاء جديد (كل

عنى (قوله ونظيره اى نظيره ما اذا قال احد المدعين لا اختار الاخذ قبل تغيير القاضى حيث يكون للاخر اخذ الجميع تسليم احد الشفيعين يعنى اذا سلم احدهما قبل القضاء يقضى للاخر بجميع الدار وان سلم بعد القضاء لا يكون الاخر الا نصف الدار وهو معنى قوله ونظيره الاول الخ عنى

(قوله لان تمكنه الخ مراده ان تمكن احدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا ذلوكا كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه نذائج (قوله معناه من واحد احتراز عما اذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر فيكون بينهما نصفين ولا اولوية للشراء على الهبة ح

١٥٥

على ما سيجي بعد هذا في قوله ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قض بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات سبب الملك لنفسهما الشراء اقوى من الهبة اما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما مجتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه في اثبات الملك له ولا ثم لنفسه والمجتان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهما كذلك مل (قوله معاوضة فان قيل الشراء مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العرضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكحة فالشراء اقوى قلنا النكاح اقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل

التسليم بخلاف الملك في المشتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري ك (قوله) لانما يمكن العمل الخ اي متى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فاذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لانه يقضى الى تصحيح البينتين جميعا فكان الشراء اولى ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك لان من تزوج امرأة على عبد الغير صحيح ووجب القيمة فكذلك ههنا عيني

كل واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقتت احديهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعد فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يد لانه تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لم يبين الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال (وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا) معناه من واحد (واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى) لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من المجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة ينوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لم يبين (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح بالضرورة لانه يرجع الى المال والترجيح لمعنى قائم في الحال وهذا فيدا لا يعنل القسمة صحيح وكذا فيما يجتمعا عند البعض لان الشيوخ طار وعند البعض لا يصح لانه تنفذ الهبة في الشائع وصار كقائمة البينتين على الارتهان وهذا اصح قال (واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابى يوسف وقال محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه يمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذا تزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تغرر تسليمه (وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى) وهذا الاستحسان وفي القياس الهبة اولى لانهما تثبت الملك والرهن لا يثبت به وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء البيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك ضرورة ومعنى والرهن لا يثبت به الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذلك الهبة بشرط العوض (وان اقام الحارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى) لانه اثبت انه اول المالكيين فلا يتلقى الملك الا من

(قوله معناه من غير صاحب اليد كأنه قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولادى ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من قبله هذا الحكم المذكور ههنا ثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعى الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم كـ (قوله حتى يتبين الخ لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات مالم يتبين وقتا على ما هو القاعدة المقررة عندهم

﴿ ١٥٦ ﴾

فشراء غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيناخر عن شراء الوقت حكما نتائج (قوله لان البينتين الخ بيانه انه لما لم يتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اى سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحد هما اسبق من الاخرى حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق في الملك نتائج (قوله معنى الدفع اى دفع بيعة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات تلقى الملك من جهة كـ (قوله على الدفع كبيعة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعنق على الوكيل بتقلهم لتعريض الوكيل عنهم كـ (قوله مقبولة فان من ادعى على دى

اليدين او انكر ذواليد بذلك فاقام البيعة انه اشتراها منه تنفع الخصومة نتائج (قوله لو كانت الدار في ايديهما فعندهما الدار لصاحب الوقت الاقدم وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج ذواليد فبيما في يد صاحبه خارج فبأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه كـ

(قوله يضامه الخ وهذا لان النسي لم يؤرخ كما احتمل ان يكون متأخرا عنه احتمل ان يكون سابقا على تاريخ صاحبه) (قوله بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف كمالو ادعى الشراء ومعناه انهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدود ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الخ ع قوله وهذا هو الصحيح وجه الصحة ان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البيعة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين

١٥٧

ولا ييوسف ان التاريخ بموجب الملك في ذلك الوقت يبين والاطلاق يعتمل غير الاولية والترجيح بالتبين كالأدعياء الشراء لا يي منيفقه ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقطا اعتبارهما فصار كالواقاما البيعة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجع جانب صاحب التاريخ قال (وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيعة على النتاج فصاحب اليد اولى) لان البيعة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجعت بيعة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تنهات البيعتان ويترك في يد لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البيعة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه (ولو اقام احدهما البيعة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايها

كان لان بيئته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقى من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبيعة النتاج اولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البيعة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذي اليد) لان الثالث لم يصرم مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا اقام البيعة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص والارل بمنزلة الاجتهاد قال (وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج الامرة) كغزل القطن (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبن والمرعى وجزال الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخبز والبناء والغرس وذراعة الحنطة والمحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببيئته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال (وان اقام الخارج البيعة على الملك المطلق وصاحب اليد البيعة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى) لان الاول ان كان يدعى اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا الاتفاقي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال (وان اقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تنهاتت البيعتان ويترك الدار في يد ذي اليد)

ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد (قوله ولو تلقى كل واحد الخ صورة المسئلة عبد في يد رجل ادعاه رجل آخر انه عبده اشتراه من فلان وانه ولي في ملك ذلك فلان الذي باعه واقام على ذلك بيعة واقام صاحب اليد بيعة على انه عبده واشتراه من فلان يريد رجلا آخر وانه قد ولي في ملك فلان الذي باعه قضى لذي اليد لان كل واحد خصم في اثبات نتاج بائعه كما هو خصم في اثبات ملك بائعه ولو حضر البائعان واقام البيعة على الخارج كان ذو اليد اولى فهذا مثله عني (قوله لم يصرم مقضيا عليه الخ لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبيعة في حق شخص لا يقتضى ثبوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد بيعة قضى له بها فقد بما لبيعة ذي اليد على بيعة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى به للثالث نتائج (قوله لانه بمنزلة النص لدلالته على الاولية قطعاً

فكان القضاء واقعا على خلافه لا لقضاء الواقع على خلاف النص عني (قوله وكذلك النسيج اي النسيج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسيج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بان نسجه في ملكه فاقام على ذلك بيعة واقام صاحب اليد بيعة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد نتائج

(قوله ولا يعكس الامر بان الخارج كانه اشترى من ذى اليد ولا ثم بابه من ذى اليد لان في ذلك يلزم مع البيع قبل القبض والبيع قبل الخ عيني (قوله وفيه التهاثر بالاجماع لان الثابت من الاقرارين بالبيينة كالثابت من المعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلا فان مالا يعرف سبق احدهما جعل كأنهما وقعا معا وفيه التهاثر بالاجماع فكذا ههناك (قوله لا يمكن القضاء الخ لانا اذا قضينا ببيينة ذى اليد انما نقض ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيد للحكم بالبيينة فبقى القضاء بمجردا لسبب ١٥٨) وذلك لا يفيد (قوله تهاثرتا

قال وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذواليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على مامر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عند ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاثر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لنى اليد الا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجردا لسبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف قصاص عندهما اذا استويا الوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم تشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للموجب عند ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لمواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا وقت الخارج اسبق قبض لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصلح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق قبض للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشترى ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال (وان اقام احد المدعين شاهدين والآخر اربعة فهو اسوأ) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في ماله الانفراد والتراجع لا يقع بكثرة العلل بل بكرة فيها على ما عرفت قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان احدهما جميعهما والآخر نصفهما واقاما البيينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة) اعتبار بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما واولاهي بينهما اثلاثا فاعتبر بطريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر

بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا يتهاثر الشهود فكذلك ههنا واما عند محمد فلان الجمع الخ عيني (قوله بقوة فيها كالتعالة حتى ان احد المدعين لو اقام مستورين والآخر عدلين فانه يترجع النى شهده العبدان عيسى (قوله فاعتبرا طريق العول وذلك اذ اجتمع في مخرج فرض كثيرة بحيث لا يكفى المجموع فيحتاج الى العول كما في امرأة ماتت وترك زوجا واختا اب وام واختا اب للزوج النصف وللخت لاب وام النصف وللخت لاب السدس تكملة للثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة عيني (قوله ولهذه المسئلة اى المسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة بالمنازعة وصاحبا بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة بالعول وصاحبا بالمنازعة على عكس

هذه المسئلة نتائج (قوله نظائر واضداد فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة (وقب) والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذ لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأدون له المشترك اذا ادانه احد المولى بمائة درهم والاجنبى مائتين ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدينون والاجنبى عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا ع

(قوله وهو في يده سالم له ترضيه ان دعوى مدعى النصف منصرفه الى ما في يده ليكون يد احمقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعى النصف لا يدعى شيئا ما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يد مسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة فتايج (قوله فيترك في يده اى واذا لم يدع مدعى النصف النصف الذى في يد مدعى الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يد مدعى الجميع بلا قضاء فتايج (قوله لانه ظهر كتب الخ وذلك مانع عن قبول الشهادة ١٥٩) حالة الانفراد فيجمع ماله الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من هي في يد قضاء تركها كانهما

وقد ذكرناها في الزيادات قال (ولو كان في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء نصفها لاهل وجه القضاء) لانه خارج في النصف فيقتضى بينته والنصف الذى في يده صاحبه لا يدع به لان مدعاه النصف وهو في يد سالم له ولو لم ينصرف اليه دعوا كان ظالمها بما ساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يد قال (واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نجت عنده وذكرنا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى) لان الحال تشبهه فيترجع (وان اشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يفر كراتا تاريخا وان خالف سن الدابة الرقنين بطلت البينتان كذا ذكره الحالم لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يد قال (واذا كان عبدي يد رجل اقام رجلا ن عليه البينة احد هما غصب والاخر بدوية فهو بينهما) لاسنواهما في الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي

قال (واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى) لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك (وكذلك اذا كان احدهما راكبا في السرور والاخر ديفه فالراكب اولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاسنواهما في التصرف (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب العمل اولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابس والاخر متعلق بكماله فاللاس اولى) لانه اظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما) معناه لاهل طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستوبا قال (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما منصفان) لان الزيادة من جنس المحبة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق قال (واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله) لانه في يد نفسه (ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده) لانه اقربانه لا يد له حيث اقرب الرق (وان كان يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لانه لا يملكه على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو

لم يقيما البينة ع (قوله لاسنواهما اى في الاستحقاق وذلك لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصار دعوى الوديعة والغصب سوا والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق عيني (قوله فصل في التنازع بالايدي لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى دعواه (قوله فالراكب اولى اى في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو اقام الآخر البينة تقبل كذا (قوله لان القعود الخ اى لان اليد على البساط لا يثبت الا بالنقل والتحويل او يكون في يده حكما بان كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصبا بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فانه يصير غاصبا بمجرد الركوب عليه بغير الاذن

عيني (قوله لانه اقربانه لا يملكه الخ فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذي اليد انه له ولا يقطع به الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار واقوال الصبي فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالعتاق والطلاق والهبة قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا عند معارضة اياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه فتايج

(قوله لا يكون القول الخ فلا نزول يد من هو في يده الابدليل عيني (قوله والهراوى ليست بشى في المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من السكرم يرسل عليها قضبان السكرم وقال ابن السكيت هو المردى ولا نقل هردى وقال شارح الوقاية الهردى الخشب التى توضع على الجنود مل (قوله لان الحائط الخ اى لانه لما لم يكن استعماله وضع اذا الحائط لا يبنى لهما وانما يبنى للنسقيف والنسقيف لا يمكن

﴿ ١٦٥ ﴾

على الهراوى والبوارى صار معدوما كما ك (قوله موضع جنده وفي الايضاح يريد به حق الرضع لان استحقاق صاحب الخشب باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده اما اذا اثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجنود من وضع جنده على جداره ك (قوله لسكل واحد الخ لانه يد كل واحد منهما على موضع خشبة ثابتة وسبب الاستحقاق انها هو اليد على ذلك الموضع ك (قوله ليس بحجة الخ فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه عيني (قوله وللآخر اتصال المراد به الاتصال الذى وقع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال اولى وعلى هذا عامة المشايخ نتائج (قوله لما قلنا اشار به الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى

بمنزلة مناع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبير وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل عليه جنود او متصل ببنايه وللآخر عليه هراوى فهو لصاحب الجنود والاتصال والهراوى ليست بشى) لان صاحب الجنود صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحد هما عليها حمل والآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة اللبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء الحائط وقوله الهراوى ليست بشى يدل على انه لا اعتبار للهراوى اصلا وكذا البوارى لان الحائط يبنى لهما اصل حتى لو تنازعا في حائط ولاحد هما عليه هراوى وليس للآخر عليه شى فهو بينهما (ولو كان لسكل واحد منهما عليه جنود ثلاثة فهو بينهما) لاستواءهما ولا يعتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة (وان كان جنود احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلاثة والآخر موضع جنده) في رواية وفي رواية لسكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا يعتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجنود دون الواحد والمتنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جنود والآخر اتصال فالاول اولى) ويروى ان الثانى اولى وجه الاول ان لصاحب الجنود التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثانى ان الحائطين بالاتصال يصير ان كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله ثم يبقى للآخر حق وضع جنوده لما قلنا وهذه رواية الطحاوى وصحها الجرجاني قال (واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستواءهما في استعمالها وهو البرور فيها قال (واذا ادعى الرجلان ارضا) يعنى يدعى كل واحد منهما (انها في يده لم يقض

لوثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة عيني (قوله وصحها الجرجاني هو الفقيه) انها ابو عبد الله المرشد ورجعها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجنود فكان يده ثابتا قبل وضع الجنود فصار نظير سبق التاريخ نتائج (قوله لاستواءهما الخ ولا يعتبر بكون احدهما خراجا ولا جادون الاخر لانه ترجيع بهما هو من جنس العلة ع

(قوله حتى يقيما الخ اقول في عبارة الكتاب مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البيعة انها في يده لان القضاء بانها في يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة واحد منهما البيعة انها في يده لاعلى اقامتهما البيعة انها في ايديهما نتائج (قوله وان اقام الخ فان طلب كل واحد من صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما اماما هي في يد صاحبه على البيعتان فان ملقا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان ﴿ ١٦١ ﴾ نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل

احدهما قضى عليه بكليهما للعالم نصفها كان في يده ونصفها كان للذي في يد صاحبه بتكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان تكوله ليس بحجة في حق الثالث ك (قوله لقياس الحجة فان قيل البيعة حجة

على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذي اقام البيعة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد لا ترى انه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينزعه الآخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شئ شرعا كانت بينته مقبولة ك (قوله ومبنى النسب الخ جواب عن التناقض لان الانسان قد لا يعلم ان يكون العلوق منه وام يتبين له انه منه عيني (قوله فيعفى فيه التناقض اى لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكتب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الحفاء في امر العلوق نتائج (قوله مع دعوة الخ

انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البيعة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضى فالبيعة تثبت (وان اقام احدهما البيعة جعلت في يده) لقيام الحجة لان اليد حق مقصود (وان اقاما البيعة جعلت في ايديهما) لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان احدهما قد لبس في الارض او بنى او حفر ففى في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

﴿ باب دعوى النسب ﴾

قال (واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه للبائع فان جاءت به لاقول من سنة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع امه ام ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولان نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الحفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولد فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لانه قبضه بغير حق (وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعد دعوة البائع الاولى) لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (الا اذا صدقه المشتري) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لاننا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولاحقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله (وان جاءت به لاكثر من سنة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدق المشتري) لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك قال (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقول من سنة اشهر لم يثبت النسب لعدوم حاجة الى ذلك لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبته بعد الموت لعدم حاجة الى ذلك

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ١١ انما قيد بقوله مع دعوة لانه لو ادعاه المشتري ولا يثبت النسب منه ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب عيني (قوله ولاحقه اى لا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبد للمشتري ولا نصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبى آخر نتائج

(قوله في العقد والغصب حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها وكذا لو غصبها فماتت عنده عيني (قوله وفي الجامع الصغير انما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلا ما بان حكم الاعناق فيما نحن فيه حكم الموت عيني (قوله ويرد عليه الخ يعني يقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة امه فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه يثبت فيها للمشتري مالا يحتمل الا بطل

﴿ ١٢٢ ﴾

وهو الولد اعيني (قوله بحصته من الثمن والفرق بين هذا وبين ما اذا مات الام فان ثمة يرد بجميع الثمن عند ابي حنيفة هو ان في الموت لو ثبتت امومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك في اعتاقها لانه يبطل العنق الثابت من الملك ولانه لو قلنا يبطلان العنق يلزم ابطال الحقيقة بالعنق كـ (قوله وجه الفرق اى بينهما اذا اعتق المشتري الام ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد وبينما اذا اعتق المشتري الولد دون الام حيث يبطل دعوى البائع اصلا عيني (قوله وكما في المستولدة الخ يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امومية الولد نتائج (قوله والحق لا يعارض الخ نوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدد وكان المالك القديم بأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك والمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو

فلا يثبت به استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع) لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبعية وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الجارية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولد بها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقال لا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنة ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعواه باطله وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العنق في التبعية وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر واهله امه لمولاهما وكافي المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبعية وانما كان الاعناق مانعا لانه لا يحتمل النقص كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعناق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير به منزلة الاعناق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول ويرد عليه بحصته من الثمن قولها وعند يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا

في فصل الموت قال (ومن باع عبدا ولد عنه وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنة ويبطل البيع) لان البيع يحتمل النقص وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد اورهنه او اجره او كاتب الام اورهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعناق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من

جمع بينهما (قوله هو الصحيح احراز ما ذكره شمس الاثمة في المبسوط وقاض خان (المشتري) والمجيب انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعناق كنى القاض البائع فيما زعم انها ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدينته فلم يبق لزومه عبدة واما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فيرد بجميع الثمن ع

(قوله فلا يتصور الخ ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسب فم الرحم نت
(قوله وفي الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوة النسب
في الآخر بعد اعتناق المشتري ع (قوله بخلاف ما اذا كان الخ اي اذا كان الولد واحدا فباعه واعتقه
المشتري ثم ادعى البائع انه ابنه فلا يبطل العتق ولا يثبت النسب مل (قوله يبطل العتق الخ يعني لو
بطل عتق المشتري في تلك الصورة ١٤٣ ١٤٣) انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة

البائع وانه لا يجوز لان عتق
المشتري عتق حقيقي وحق
البائع حق الدعوة والحق
ادنى من الحقيقة فلا يعارضها
فكيف يرفعها ك (قوله
تبع الحر يته فيه حرية الاصل
اي لحرية التحرير فالضهير
في حرية راجع الى المشتري
بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله
يثبت والضهير راجع الى
المشتري كذلك وقوله حرية
الاصل بدل من قوله لحرية
وانما يدل به اشارة الى
سبقها اليه يبين بذلك ان البيع
لم يكن صحيحا فالاعتناق لم
يصادف محله فكان خليفا
بالرد والابطال انت (قوله
فافترقا اي فافترقا ما نحن
فيه من مسألة التوأمين وما
اذا كان الولد واحدا حيث
لزم بطلان العتق هناك
اصالة وقصدا وفيما نحن فيه
ضمننا وتبعنا وكم من شئ يثبت
ضمننا وتبعنا ولا يثبت اصالة
وقصدا نتايج ك (قوله
ثبت نسب الخ اي يثبت
نسب الولدين من البائع
ايضالا للتوأمين لا ينفكان
نسبا وقد ثبت نسب الندي

المشتري لا يحتمل النقص فصار كاعتناقه قال (ومن ادعى نسب احد التوأمين
ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبت
نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا
يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حمل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير
اذا كان في يده غلامان توأمين ولد اعنفه فباع احدهما واعتقه المشتري ثم
ادعى البائع الذي في يده غلاما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد
الندي عند مصادفة العلوق والدعوة ملكه اذا المسئلة مفروضة فيه ثبت به
حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمين
فتبين ان عتق المشتري وشراؤه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان
الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصود الحق دعوة البائع وههنا ثبت
تبع الحر يته فيه حرية الاصل فافترقا (ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت
نسب الولد الذي عنه ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام
شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال (واذا كان الصبي في يد رجل

يقال هو ابن عبي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جعل العبد
ان يكون ابنه) وهذا عند ابي حنيفة (وقالا اذا جعل العبد فهو ابن المولى) وعلى
هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان
الافرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الافرار والافرار بالنسب يرتد بالرد
وان كان لا يحتمل النقص الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا
اقر المشتري على البائع باعتناق المشتري فكذب البائع ثم قال انا اعتقه
ينحول التولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبنا ابنا من الغير
وبخلاف ما اذا لم يصدق ولم يكذب لانه متعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
فيصير كولد الملاعة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعة لان له ان يكذب نفسه ولا ي
حنيفة ان النسب ما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والافرار بمثله لا يرتد بالرد
فبقى فيمنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم
ادعاه لنفسه وهذا لانه متعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى
لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا متعلق به حق الولد فلا يرتد

عنه لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر

* ١١

ضرورة ويعتق الندي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الندي عند ولا ينقض بيعه
لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاء لا فقار دعوة الاستيلاء الى اتصال العلوق بملك من يدعيه
واذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس من
ضرورة حرية احد التوأمين بعنف عارض حرية الآخر فلهمنا لا يعتق الندي عند المشتري عليه ك

(قوله على هذا الخلاف فلا يقوم حجة فانه لو اقر المشتري باعتناق البائع المشتري وكتبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فلا يتحول الولاء الى المشتري عند الامام الاعظم مل (قوله ولو سلم اي لو سلمنا ان تلك المسئلة بالاتفاق فنقول بين الولاء والنسب فرق عيني (قوله كبر الولاء الخ صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فاذا اعنف العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه عيني (قوله على الولاء الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفا لانه ﴿ ١٢٤ ﴾ على عرضية التصديق بعد التكنيب عيني (قوله

برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كبر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره قل (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجع فيستدعي تعاضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا او فرلانه ينال شرف الحرية حالا وشرق الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعاء وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها (ولو كانت دعوتها دعوة البينة فالمسلم اولى) ترجيحاً للاسلام وهو اوفر النظر ين قال (واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة ان يكون المرأة ذات زوج لانها تدعى تحمیل النسب على الغير فلا تصديق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادته القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند ابي حنيفة وقدر في الطلاق وان ام تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصديقها الزوج فهو ابنها وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة (وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنها) لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يعمل الشركة وههنا لا بدخل لان النسب لا يحتملها قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عند فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يسوم بخاصم) لانه ولد المقرور فان المقرور

بعد التكنيب عيني (قوله وهو دعوى المشتري كونه اقوى لقيام ملكه في الحال عيني (قوله بخلاف النسب فانه لا يجوز نقض النسب بعد ثبوته فلم يبطل ولم يصح دعوة المولى بعد اقراره انه ابن عبدا عيني (قوله فيقطع دعواه الخ فان ذلك الغير لو صدق او كذب ولم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند ابي حنيفة والحيلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن فلان الميت حتى لا يتأني منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الاثمة السرخسي ك (قوله وفي عكسه الخ يعني لو جعلناه عبد للمسلم جعلناه مسلما تبعاء وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتساب الحرية ك (قوله وهو اوفر النظرين لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه ك (قوله ان يكون المرأة الخ انما قيد بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في الرجل ك (قوله فلا بد من

حجة تامة هي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا ان يكون هناك مبل ظاهر اذ عبراني من قبل الزوج (من) فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة عيني (قوله وان كان الصبي الخ اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر بالقول له ايها مصدق يثبت نسبه منه بتصديقه (قوله فان المقرور الخ انما سمى مقرورا لان البائع غره وباع منه جارية لم يكن ملكا له شرح وقابه

(قوله باجماع الصحابة فانه لا خلاف بين الصدر الاول ونفعهم الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه بفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعنى ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال على بن ابي طالب عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا

﴿ ١٦٥ ﴾

بالمثل وتأويل حديث عمر بفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فالخلاف ارتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر وتبيين مراده على وفق ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل فتأرجح (قوله فيجعل الولد الخ لان مقصود الاب من الاستيلاء ان يعلق ولده حر اذ لو علم بان علاقته رقيقة لا يقدم على الاستيلاء فيجعل حر الاصل تحقيقا لمقصوده كـ (قوله كفاي ولد المغصوبة اى ولد الجارية المغصوبة فان ولدها امانة لاتضمن الاب بالمنع عيني (قوله وكذا لو ترك الخ اى لاشئ عليه اى على الاب لومات ولد المغرور وترك مال الميراث لابيه عيني (قوله وانه ملزم هذا حكم الاقرار اى ان الاقرار ملزم على المقلد لما اقرب له لوقوعه دلالة اى لوقوع الاقرار دلالة على وجود المخبر به لان الاقرار دائر بين الصق والكذب ويترجع جانب الصق الى المرء لا يكتذب على ان المال محبوب

من يطا امرأة معتمد على ملك يمين او نكاح فقلدهم ثم تسحق وولد المغرور حر بقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظر الهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الاب بالمنع كفاي ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولومات الولد لاشئ على الاب) لانعدام المنع وكذا لو تركه الا لان الارث ليس ببطل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرد (ولو قتل الاب بغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتل غيره فاخذ دية) لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف المعقر لانه لزمه لاستيفاء منافعتها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

قال (واذا اقرار الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقرب او معلوما علم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الاترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما عارض الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لسكن المجبور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحد ودوا القصاص لان اقراره عه موجب بالتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصح عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته بخلاف الحد والتم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ تعكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة

الصق الى المرء لا يكتذب على ان المال محبوب

المرء طبعه لا يقول لغيره كاذبا مع كمال عقله وديانته عيني (قوله وتلك المرأة وهى الغامبية وهى التى زنى بها ولد الاعرابي فجعل ذلك الولد وقال رسول الله عليه السلام لانيس اغنيا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فرجها فاعترفت فرجمت كذا روى الشيخان فلما جعل الاقرار حجة في الحد والتى تدبر بالشبهات فلا يكون حجة في غيرها اولى مل

(قوله في المقرله كما اذا قال لرجل على الف درهم او يقول لزيد على الف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثير الان يمين ك (قوله غير ذلك اى غير ماله قيمة نعو ان يقول عنيت بشئ او حق من الاسلام وكفامن التراب مل (قوله والقول قوله الخ اى ان ساعده المقرله على ما بينه اخذه وان ادعى غير فالقول قول المقرع يمينه لانه خرج عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقرله فيه صار رادا لاقراره فيبقى دعواه شيئا آخر عليه وهولذلك منك فالقول قوله مع يمينه ك ﴿ ١٦٦ ﴾

في المقرله لان المجهول لا يصلح مستحقا (وسقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعترف احد عبيده (فان لم يبين اجبره القاضى على البيان) لانه لزومه الخ وج عماله بيمينه يصح اقراره وذلك بالبيان قال (فان قال لفلان على شئ لزومه ان يبين ماله قيمة) لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقرله اكثر من ذلك) لانه هو المنكر فيه (وكذا اذا قال لفلان على حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجهول ويقبل قوله في القليل والكثير) لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمل به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائ درهم) لانه اقر بمال موصوفى فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيابه والغنى عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدراهم فالتقدير فيها بالاعشار وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب (ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصاب من اى فن سماه) اعتبار الادنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة) وهذا عند ابي حنيفة (وعند ماله لم يصدق في اقل من مائتين) لان صاحب النصاب مكثرت حتى وجب عليه مائة ساغيره بخلاف مادونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم قال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه (ولو قال دراهم فهي ثلثة) لانها اقل الجمع الصحيح (الا ان يبين اكثر منها) لان اللفظ يجتمل وينصرف الى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما) لانه ذكر عدد دين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر (ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل من احد وعشرين) لانه ذكر عدد دين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيجمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم

(قوله لما بينا من انه اخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب فيها نك (قوله ويجب ان يبين الخ اى لا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشئ حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالمفوض كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين ما لا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى ان فسره بجهة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه وهذا ما يجرى فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيبانه لان هذا ببيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا كان او مفصولا ك (قوله الى الوزن المعتاد اى بين الناس لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى ما هو غالب نقد البلد عني (قوله واقل ذلك الخ والاكثر تسعة

عشر الا ان الاقل يلزم من غير بيان والزيادة تنق على البيان (قوله ولو قال كذا درهما الخ (ولو هه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ولم يذكرها محمد في الاصل نتائج (قوله تفسير للمبهم اى تمييز للشئ المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقله المتيقن واحد فيجمل عليه نتائج

(قوله لانه لانظيره سواه اى لانظيره للمثلث بلا واو وتقريره انه يحمل الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلثة اعداد يجمع بينها ذكرا بلا ذكر عاطف عيني) (قوله على مامر في الكفالة اى في ادائل كتاب الكفالة وهو قوله وكذا اذا قال انابه زعيم وقبيل لان الزعم هو الكفالة والقبيل هو القبيل عيني) (قوله حيث يكون المضمون محفظه اى حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اى محل الحفظ فقط ذكر عمل الحفظ

١٩٧

وهو مال الوديعة واراد الحال

وهو حفظه فجاز مجازا كما في

قولهم نهر جار ولكنه تغيير

عن وضعه فيصدق موصولا

لامفصولا لانه صار بيان

تغيير وبيان التغيير يقبل

موصولا لامفصولا كما

في الاستثناء نتائج (قوله

قال رضى الله عنه الخ كان

قياس ترتب وضع المسئلة

ان يذكر ولا مذكوره القدورى

ثم يذكر مذكر في الاصل

لان الهداية شرح مسائل

الجامع الصغير والقدورى

الان المذكور في الاصل

هو الاصح لذا قسمه في

الذكر (قوله الاول اى

ما ذكر في الاصل هو الاصح

لان استعماله في الدينون

اغلب واكثر فكان الحمل

عليه اجدر (قوله ودعوى

الابراء اى قال ابراءتني منها

كالقضاء اى كدعوى القضاء

لما بينا اشارة الى قوله والقضاء

يتلو الوجوب يعنى ان

الابراء ايضا يتلو الوجوب

لان الابراء اسقاط وهذا انما

يكون في مال واجب عليه

نتائج (قوله وكذا دعوى

(ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر) لانه لانظيره سواه (وان ثلث بالواو فمائة

واحد وعشرون وان ربيع يزاد عليها النى) لان ذلك نظيره قال (وان قال له على

او قبلى فقد اقر بالدين) لان على صيغة ايجاب وقبلى ينبنى عن الضمان

على مامر في الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ

محتمل مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا

مفصولا قال رضى وفي بعض نسخ المختصر في قوله قبلى انه اقرار بالامانة

لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لى قبل فلان ابراء عن الدين

والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح (ولو قال عندى او معى او فى بينى

او فى كيسى او فى صندوقى فهو اقرار بامانة فى يده) لان كل ذلك اقرار بكون

الشى فى يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة (ولو قال له

رجل لى عليك النى فقال اتزنها وانتقدتها واوجلنى بها وقد قضيتكها فهو اقرار

لان الهامى الاول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى فكانه قال اتزن الانى

النى لك على حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرار بعدم انصرافه الى

المذكور والتأجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء

كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التملك يقتضى سابقة الوجوب

وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحویل الدين قال (ومن اقر بدين

مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) لانه اقر

على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد فى دين وادعى الاجارة

بخلاف الاقرار بالدرهم السوداء لانه صفة فيه وقدمت المسئلة فى الكفالة قال

(ويستحلف المقر له على الاجل) لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له

على مائة ودرهم لزمه كلها درهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى

تفسير المائة اليه) وهو القياس فى الاول وبه قال الشافعى لان المائة بجمهه

والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسر لها فبقيت المائة على ايهامها

كافى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم فى

كل عدد وكثفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة

الخ يعنى لو قال تصدقت بها على او هبتها لى كان ذلك اقرارا لان الصدقة والهبة من قبل التملك

فدعوى الصدقة والهبة دعوى التملك منه وذال يكون الا بعد وجوب المال فى ذمته نتائج (قوله لانه صفة

اى لان السوداء صفة اصلية فى الدرهم لان الدرهم لا تنطبع الا بغش والاجل فى الدين عارض لا يثبت بلا شرط

والقول لمنكر العارض عيني

(قوله وذلك في الدراهم الخ اى ذلك فيما يثبت في النعمة كالدراهم والدينانير والمكيل والموزون لثبوتها في النعمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة فيجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في النعمة ديننا الاسلاما

﴿ ١٤٨ ﴾

والشاة لا تثبت ديننا في النعمة اصلا فلم يكثر كثر تعام (قوله فبقى على الحقيقة اى على الاصل وهو ان يكون بيان المجهل موقوفا على المجهل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعمت عيني (قوله غير مضمون الخ لان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما نتائج (قوله ومثله اى مثل اقرار الدابة في الاصطبل (قوله غصبت الطعام في البيت فلا يلزمه الا الطعام عندهما وعند محمد يلزمه عيني (قوله قد يلغى الخ هو منقوض على اصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير عند محمد يلزمه الكل في هذه الصورة مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة كـ (قوله وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منها موعى بما حواه ولو عاء النوى هو ليس بموعى هو ما كان

ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغسواع

الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدينانير والمكيل والموزون واما الثياب ومالا يكال ولا يوزون فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة (وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب) لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبهما تفسير اذا الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما الاستواء في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال (ومن اقرب تمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشئ وهو مظهر لا يتحقق بدون الظرف فيلزمه وكذا الطعام في السفينة والمنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال (ومن اقرب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة) من الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال (ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لان اسم الخاتم يشمل الكل (ومن اقر بسيف فله النصل والمجن والحماثل) لان الاسم ينطوي على الكل (ومن اقر بخجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وان قال غصبت ثوبا في مندبل لزمه جميعا) لانه ظرف لان الثوب يلغى فيه (وكذا لو قال على ثوب في ثوب) لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف (وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الاثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلغى في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولا يي يوسف ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى « فادخلني في عبادي » اى بين عبادي فوقع الشك والاصل برأة الستم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة (لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لان اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة

(فيلزمه)

(قوله فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتبعا
للميسرطع) قوله يعلم انه كان قائما الخ بان ولدت لاقول من ستة اشهر من وقت الاقرار وان جاءت به لاكثر
من سنتين وهي معتدة كذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر رهي غير معتدة لم يلزمه عيني (قوله لانه
اقرار في الحقيقة لهما اذ التركة مبقاة ﴿ ١٤٩ ﴾ على ملك الميت مالم يصرف الى وارثه او الى

من اوصى له به كـ (قوله فالمال
بينها اي ان كان ذكرين
او اثنتين وان كان احدهما ذكر
او الآخر انثى ففي الوصية
بينهما نصفان وفي الميراث
للذكر مثل حظ الانثيين عيني

(قوله فيجب اعماله ذا صدر
من اهله مضافا الى محله
ولانزاع في صدره من اهله
ولانه هو المقروض وامكن
اضافته الى محل محله على
السبب الصالح حملا للكلام
العاقل على الصحة ع) قوله
لان له وجهاصحيا بان كانت
الجارية لواحد اوصى بعملها
لرجل ومات والمقرض ارثه ورث
الجارية عالما بوصية مورثه ع
(قوله ومن اقرار الخ صورته

انه اقر لرجل يدين من قرض
او غصب او ودیعة مستهلكة
او قاذمة على انه بالخيار في
ابقاء الاقرار ثلثة اقسام
فلاقرار جائز ويبطل الشرط
عيني (قوله لايجزم له لان
الخبر ان كان صادقا فهو
واجب العمل اختاره اولم
يختاره وان كان كاذبا فهو
واجب الرد ولا يتغير باختياره
وعدم اختياره وانما تأثير
اشترط الخيار في العقود

ليتغير به صفة العقد ويتغير به من له الخيار بين فسخه وامضائه نتائج (قوله متصلا باقراره اما اشتراط
الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنه جواز التأخير وقد عرفت ذلك في الاصول
ع) قوله عبارة الخ لان معنى قوله له على عشرة الادرها معنى قوله تسعة ع (قوله وسواء استثنى الخ
وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لا ينكح بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا

فيلزمه الابتناء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها) فيدخل
الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان (ولو قال له
من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من
الحائطين شيء) وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

قال (ومن قال لحمل فلانة على الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات
ابوه فورثه فالأقرار صحيح) لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا
جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال
للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل
الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدتين حيين فالمال بينهما ولو
قال المقر باعنى او اقرضنى لم يلزمه شيء) لانه بين سببماستحيلا قال (فان ايهم
الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رة وقال محمد يصح) لان الاقرار من الحجج
فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولا يي يوسف ان الاقرار
مطلقة ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد
المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال (ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة
لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجهاصحيا وهو الوصية به من جهة غيره فعمل
عليه قال (ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط) لان الخيار للفسخ والاخبار
لايجزم له (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل
باب الاستثناء وما في معناه

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي)
لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال (وسواء
استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء)
لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقصر
الوجه في الطلاق (ولو قال له على مائة درهم الادينارا او الاقفيز حنطة
لزمه مائة درهم الاقيمة الدينارا والاقفيز) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
ولو قال له على مائة درهم الاثوب بالم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح

ليتغير به صفة العقد ويتغير به من له الخيار بين فسخه وامضائه نتائج (قوله متصلا باقراره اما اشتراط
الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنه جواز التأخير وقد عرفت ذلك في الاصول
ع) قوله عبارة الخ لان معنى قوله له على عشرة الادرها معنى قوله تسعة ع (قوله وسواء استثنى الخ
وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لا ينكح بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا
نصفه او انقص منه قليلا وزد عليه ع

(قوله اما ابطال او تعليق وفي الجامع لقاضيخان رح قال ابو يوسف رح التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رح تعليق بشرط لا يوقف عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال انشاء الله انت طائف عند ابي يوسف رح لا يقع لانه ابطال وقال محمد رح يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلّق وبقي الطلاق من غير شرط كـ (قوله لا يحتمل الخ لان الاقرار اقرار واخبار والاخبار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا لغوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه يتبين به انه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط كـ (قوله لانه في معنى بيان المدة اى من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر في العادة لبيان محل الاجل فاعتبر اقرار ابدى مؤجل كـ (قوله فيكون اى ذكر هذه الاشياء منه تأجيلا اى دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة نتائج (قوله لان البناء الخ اى البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعالا مقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعاتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري كـ (قوله معنى لان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا لان الدار اسم للعروة والبناء وصف فيه والوصف يدخل تبعالا مقصودا عيني (قوله تصرف اى يجعل الاستثناء الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى

﴿ ١٧٥ ﴾

فيهما) وقال الشافعى يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء مالا دخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعى انهما اتحدا جنسا من حيث المالية واهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزن اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا وهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمننا صلح مقدار ابقى المستثنى من الدراهم بمقداره فلا يصح قال (ومن اقر بحق وقال ان شاء الله منصلا) باقراره (لا يلزمه الاقرار) لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان اقراره لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال افلان على مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليق احسن لو كنبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال (ومن اقر بدار واستثنى بناءه لنفسه فلا مقر له الدار والبناء) لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لالفاظ والاستثناء تصرف في الماقرطر الفصل في الخاتم والنخاعة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعالا لفظا بخلاف ما اذا قال الاناثها والابناء منها لانه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذه الدار لى والعروة لفلان فهو كما قال) لان العروة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العروة ارض بحيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار (ولو قال له على الف درهم من ثمن عبد اشترينته منه ولم اقبضه فان ذكر عبد بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وفند الالف والافلاش لك) قال رضى هذا على وجه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثانى ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعنك وانما بعنك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول

فما لا يتناول اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء عيني (قوله بخلاف ما اذا قال الانثها الخ (المقصود) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ماعد اثنت الدار وماعد البيت لان البيت في لفظ الدار دخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته الثمن كـ (قوله عن البقعة دون البناء ان العروة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم نتائج

(قوله وحكمه ان لا يلزم الخ وفي هذا التفاوت بين كون العبد في يد المقر أو يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر باخذ العبد ع (قوله اقر بوجوب الخ يعني ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بوجوب المال عليه وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب عيني (قوله وبه لا يئاً كذا الخ اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يئاً كد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حين التردد لانه ربما يملك المبيع في يد البائع فيسقط ﴿ ١٧١ ﴾ الثمن عن المشتري لكنه يئاً كد بالقبض والمدعى الذي هو المقر له يسدعى قبض

المقصود الثالث ان يقول العبد عبدى ما بعثك وحكمه ان لا يلزم المقر شىء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك وانما بعثك غيره يتعالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعى عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر فاذا تعالفا بطل المال وهذا اذا ذكر عبد ابعينه (وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله

اقبضت عند ابى حنيفة وصل ام فصل) لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كنية على وانكاره القبض في غير المعين ينافى الوجوب اصلا لان الجهة المقارنة كانت وطارئة بان اشترى عبد اثم نسيه عند الاعتلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيه تمتع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شىء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقرانه بعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببه وهو البيع فان واقفه الطالب في السبب وبه لا يئاً كذا الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيا ناهيا لغيره لان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا (ولو قال ابتعت منه

بيعا الا انى لم اقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابى حنيفة وصل ام فصل) لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شىء) لانه بين باخر كلامه انه اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال (ولو قال له على الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضتنى الف درهم ثم قال هي زبوف او نهجرة وقال المقر له جيباد لزمه الجيباد) في قول ابى حنيفة وقال ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا

التغير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لمن باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمنع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح وصل ام فصل ك (قوله هي زبوف جمع زبوف وهو الندى يقبله التجار ويرده بيت المال عيني

هو المقر له يسدعى قبض المبيع والمقر ينكره فيكون القول قوله ع (قوله قلنا الخ جواب عن قياسهما على مسئلة الاستثناء بالمشيئة وفيه ان المصنف قال في المسئلة الاستثنائية بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابى يوسف والثاني مذهب محمد وفي بعضها ان الامر بالعكس فاياما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك ابطالا ويمكن ان يجاب بان الجواب المذكور ههنا من قبل ابى حنيفة يصير الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبيه بكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما بكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما نتائج (قوله ذلك تعليق اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوفى عليه والتعليق بالشرط من باب

البيان

(قوله اذا قال هي ستوقه الخ فلا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل وعندهما يصدق ان وصل عيني
(قوله الا انهاى كل عشرة منها وزن خمسة مثاقيل او ستة ونقد بلد هم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم
يصدق ان كان مفصلا عيني) قوله لما بينا اشار به الى قوله مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب
عيني (قوله بخلاف ما اذا قال الخ اى فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كرحنطة من ثمن عبد
الانهاردية لان الرداءة ضد الجودة

فهما صفتان تتعاقبان على
موضع واحد اجاب عنه بقوله
بخلاف الخ (قوله فانصرف
مطلقه فيجب الجيادة عليه ثم
دعوى الزيافة لاتقبل لانه
رجوع عما اقره عيني
(قوله وقيل لا يصدق قائل
هذا القول هو الكرضى كما
صرح به الامام قاضيخان في
شرح الجامع الصغير اى لا
يصدق عند ابي حنيفة رح
وصل ام فصل واما عندهما
فيصدق اذا وصل ولا يصدق
اذا فصل فتاوى (قوله الى
العقد اى الى الالتزام
بطريق التجارة لكونها
مشروعة مل (قوله فلا
مقتضى له اى لواحد من
الغصب والابداع في الجياد
بخلاف البيع فان عقد
المعاوضة يقتضيها ولا تعامل
اى لاتعامل في غصب الجياد
ولا في ابداعها بخلاف القرض
فان التعامل فيه بالجياد فلا
يكون قوله هي زيوف بعد

الخلاف اذا قال هي ستوقه او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى
هذا قال لفلان على الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح
بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يعتدل الزيوف
بحقيقته والستوقه بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانه مغيرا
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا ي حنيفة رها هذا
رجوع لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة من العيب والزيافة عيب
ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعنكهم معييا وقال
المشتري بعننيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقه ليست من الاثبات
والبيع برد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء
لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
بخلاف ما اذا قال على كرحنطة من ثمن عبد الانهاردية لان الرداءة نوع لا
عيب فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض بوجوب رد مثل المتقبض
وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف
مطلقا اليها (ولو قال لفلان على الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل
يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق
الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال
اغتصبت منه الفا وقال او دعنى ثم قال هي زيوف او نهبه رجة صدق وصل
ام فصل) لان الانسان يغصب ما يجذب بسودع ما يملك فلا مقتضى له
في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذ الوجاء اراد
المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه
مقصرا لا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي
ستوقه او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة وصل صدق وان فصل
لم يصدق لان الستوقه ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها
مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الرصل (وان قال في هذا كله القائم قال
الانه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار

الاقرار بغصب الالف او ابداعها تغيير الاول كلامه فتاوى (قوله انه لا
يصدق الخ اى اذا قال غصب القائم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض ك (قوله اذ القبض
فيما اى في الغصب والقرض لان القرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض
والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه ايضا ك (قوله مجاز المشابهة
بين الستوقه والدراهم من حيث الصورة ك

(قوله واللفظ يتناول اى لفظ المستثنى منه يتناول المقدار اى جزؤه دون الوصف والاستثناء تصرف في اللفظ اعظمى) قوله فهو واصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وقد يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفرا ع (قوله فهو ضامن يعنى كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن الا ان ينكر المقر له عن اليمين نتائج) قوله اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ودلالة كون الاخذ سببا للضمان قوله

﴿ ١٧٣ ﴾

والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كابينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه (ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله)

لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لابل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطينها

وديعة فقال لابل غصبتها لم يضمن) والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الاقبضه فنقول قد يكون بالتعليق والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لابل قر ضا حيت يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهم اتوا فها هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا (فان قال هذه الالف كانت وديعة على عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها) لانه اقر باليدله وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره فالقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتي هذه فلان فركبها وردها

او قال آجرت ثوبي هذا فلان فلبسه وردته وقل فلان كذبت وهما الى فالقول قوله) وهذا عند ابي حنيفة (وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الندي اخذ منه الدابة او الثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان (ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) وجه القياس ما بينناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدم ما قيماء ضرورة فلا يكون اقراره باليد مطلعا بخلاف الوديعة لان

فقال قبضته فيه فكان القول قول المقر في قوله لان الملك فيه معروف للمقر ك (قوله الاعارة والاسكان بان قال اعرتك دارى هذه ثم رددت على او اسكنتك دارى هذه ثم رددت على وقال الآخر الدار دارى ك قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع ع (قوله ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليدله وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره والقول للمنكر ع

(قوله في كيفية اي في كيفية ثبوت اليد انه باى طريق كان عنايه (قوله من غير صنعه كاللقطه فانها ودية في يد الملقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا اذا هبت ربيع القلت ثوبا في دار انسان ع (قوله وليس مدار الفرق الخ اشارة الى الرد على الامام الغمى في ما ذكره ان الرد انما واجب في مسئلة الوديعة لانه قال في اختتامه فيجب جزاءه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اى العارية والاسكان فردها على مكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع ع (قوله لانه ذكر الخ ﴿ ١٧٤ ﴾ اى الامام محمد ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب ع (قوله لان الديون الخ فاذا اقر المقر باقتضاء الدين غلب اقر بقبض مثل الدين وقبض مثل الدين انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ع (قوله لانه ما اقر باليد وانما اقر بمجرد الفعل منه هذا احتراز عما اذا اقر الرجل ان فلانا ساكن في هذا البيت ادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى يثبت اليد للساكن على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه وما ثبت باقراره كالمعاين في حقه كذا في الميسر ك (قوله باسباب معلومة كما اذا استقرض مالا في مرضه وعابن الشهود دفع المقرض المال اليه واشترى شيئا وعابن الشهود وقبض المبيع او اسنأجر شيئا بمعاينة الشهود او تزوج امرأة بهر مثلها وعابن الشهود النكاح ك (قوله لاستواء سببهما الخ اذا هذنا الدليل مساوات دين المرض بالاقرار للدين الثابت بالاقرار في الصحة فيلزم منه مساوات للدين الثابت بالمعاينة ايضا فاعلى عدم الغائل بالفصل بين دينك الدينين وبين هذا الدين كذا في نتائج الافكار مل (قوله عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكتب في اغياره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكتب في اقراره لوجود هذين الوصفين في المقر وفي هذا الافتراق بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصديق لما ان المرض حالة التوبة والانابة ك

اليد فيها مقصود والايدي اعثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفية ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال او دعيتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعنده في الطرف الآخر وهو الاجارة واختيها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت له عليه واقرضته الف درهم اخذت منه واذا المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والاخر ينكره اما ههنا المقرض عين ما ادعى فيه الاجارة وما شبهها فافترقوا ولو اقر ان فلانا ذرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذه الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه فلان وقال المقر لايل ذلك كله لى استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقره باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاطلي الخياط قميص هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيطن ثوبا في يد المقر كذا هذا

﴿ باب اقرار المريض ﴾

واذا اقر الرجل في مرض موته بدينون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف (الاسباب مقدم) وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب التهمة المقابلة للحقوق فصار كالتصديق في مباحة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء (قوله لاستواء سببهما الخ اذا هذنا الدليل مساوات دين المرض بالاقرار للدين الثابت بالاقرار في الصحة فيلزم منه مساوات للدين الثابت بالمعاينة ايضا فاعلى عدم الغائل بالفصل بين دينك الدينين وبين هذا الدين كذا في نتائج الافكار مل (قوله عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكتب في اغياره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكتب في اقراره لوجود هذين الوصفين في المقر وفي هذا الافتراق بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصديق لما ان المرض حالة التوبة والانابة ك

(قوله ولهذا الخ هذا استدلال بالعلم ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما يتعلق بماله حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الامن الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا يتعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا يتعلق به حق الغريم وهو اقوى اولى كـ (قوله بخلاف النكاح الخ جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح والمبايعة عـ) قوله لانه من الحوائج الاصلية فان قيل لوتزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء او جوارى او هو شبيخ كبير

﴿ ١٧٥ ﴾

لا يولد له عادة وتزوج آيسة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع للتعامل فان الحال مما لا يوقف عليه ليعنى الامر عليها كـ (قوله وهو بمهر المثل يجوز أن يكون حالا يعنى أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل، أما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمه دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهذه حالة عجز فيمنع تغلف حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره) (قوله وانما تقسم الخ ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب عليه فقال وانما تقدم الخ نتائج (قوله وغرماء الصحة والمرء في ذلك سواء ومن غرماء المرض ما يكون

ولهذا منع من التبرع والمعاينة الابقار الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تغلف بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتعقق التثمين وهذه حالة العجز وحالة المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف ما لتي الصحة والمرء لان الاولى حالة الاطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقسم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذا المعايين لامر دله ذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره أو تزوج امرأة به مهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر ابينا ولو اقر بعين في يده لا غرم يصح في حق غرماء الصحة لتغلف حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقيين وغرماء الصحة والمرء في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال (واذا قضيت) يعنى الديون المنتظمة (وفضل شـ) يصرف الى ما أقرب في حالة المرض) لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (فاذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير (وكان المقر له اولى من الورثة) لقول عمر اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين قال (ولو أقر المريض لو ارثه لا يصح الآن يصح فيه بقية ورثته) وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهر حق ثابت لترجع جانب المصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبى بوارث آخر وبودبعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تغلف حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقراءة سبب التغلف الآن هذا التغلف لم يظهر في حق الاجنبى لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو اخرج عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلم يقع المعاملة مع الوارث ولم

لهم اسباب المعروفة لان حق الكل في التغلف بماله على اعتبار الموت على السواء كـ (قوله وكان المقر له اولى فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما فى معناها والاقرار للاجنبى ليس من ذلك ع

(قوله) لحاجة أيضا فانه محتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر بحق الورثة مما لا ينحجر عن الانفاق لبقاء نفسه
(قوله) وان اقر لاجنبى الخ كانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا للتكرار القياس والاستحسان
نتائج (قوله) كان له التصرف الخ فان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكل ما اقر به بين انتقال
محل التصرف الى ثلث ما بعده ع (قوله) لم يبطل اقراره لها قيد بالاقرار لانه لو ذهب لها هبة او اوص
لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان

١٧٦

يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم حق النعطف حق بقية الورثة
فاذا صدقه فقد ابطوه فيصح اقراره قال (واذا اقر لاجنبى جاز وان احاط بماله) لما
بيننا القياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا ان نقول
لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم
وتم حتى يأتى على الكل قال (ومن اقر لاجنبى ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه
وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق
ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك
الزوجة لانها تقتصر على زمان التزوج فبقى اقراره لاجنبية قال (ومن طلق
زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها
منه) لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على
هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت
(فصل) (ومن اقر بغيره بولد مثله لمثله وليس له نسب مع روفى وانه ابنه وصدقه
الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح
اقراره به وشرطان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكثبا في الظاهر وشرطان
لا يكون له نسب مع روفى لانه يمنع ثبوته من غيره وانهما شرط تصديقه لانه في يد
نفسه اذا المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل
ولا يمنع بالمرض لان النسب من الحوايج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث
لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين والولد والزوجة والولى) لانه اقر بما يلزمه وليس فيه
تحميل النسب على الغير) ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والولى لما
بيننا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب
منه (الا ان يصدها الزوج) لان الحق له (او تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة
في هذا مقبول وقد مر في الطلاق ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا
في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد
موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم
النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه

ذا تملك بعد الموت وهى
وارثة ح ك (قوله) لقيام
العدة اشار بهذا الى ان وضع
المسئلة فيما اذا كان موت المقر
قبل انقضاء العدة واما اذا كان
موته بعد انقضاءها فاقراره
لها جائز نتائج (قوله) مما
يلزمه خاصة قال الله تعالى
ادعوهم لبايهم وعلى المولود
له زرعهم ولان مؤنة الولد
على الاب خاصة فيكون اقراره
به على نفسه فيقبل من غير
تصديق الام ك (قوله)
بالوالدين والولد الخ أى اذا
صدقه لا الولد اذا كان صغيرا
في يده ك (قوله) اقرار المرأة
بالوالدين الخ لا مانع من صحة
اقرارها بالولد اذ ليس
فيها الزام النسب على الغير
فيصح لكن الكلام في تصديقها
فانه يصح في حال وهو ما اذا لم
تكن ذات زوج ولا يصح في حال
وهو ما اذا كان لها زوج فثبت
ان اقرار المرأة بالوالدين
يصح مطلقا وتصديقها
لابنته يصح في حال دون حال
ومثل هذا لا يعد تناقضا ك
(قوله) او تشهد بولادة قابلة

(وعند)

اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة ع (قوله) ولا بد من
تصديق هؤلاء لانهم في ايدي انفسهم فيتوقى نفاذ التصرف وهو الاقرار على تصديقهم كافي (قوله)
لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة الثبوت بعد الموت وهى من آثار النكاح الاترى انها
تغسله بعد الموت لقيام النكاح ع

(قوله يستند الى اول الاقرار والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم نتائج) قوله لان الاستيفاء اى استيفاء الدين بقبض مضمون لئلا يمانر ان الدينون تقضى بماؤها فيجب للمدينون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلنقيان قصاصا نتائج (قوله كما هو المذهب عندنا خلاف للمشافعي فعنده يشيع في النصفين ك) (قوله غاية الامر الخ جواب سؤال مقدر تقريره ان جمع الدين كان مشتركا بينهما

﴿ ١٧٧ ﴾

وعند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يجعل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبتت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال (ومن اقر ينسب من غير الوالد بن والولدت نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب) لان فيه حمل النسب على الغير (فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو ولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصى بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر بأخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة حتى لو اقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لا حد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال (ومن مات ابو فاجر باخ لم يثبت نسب اخيه) لما بينا (و يشاركه في الميراث) لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعنف لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العنف قال (ومن مات وترك ابنتين وله على آخر مائة درهم فاجر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون) لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ويرجع الغريم على المقر فيؤدى الى الدور نتائج (قوله كتاب الصلح وجه المناسبة في ابراده بعد الاقرار ان انكار المقر سبب للمخومة وهي تستدعى الصلح وسببه تعلق البقاء

كتاب الصلح

قال (الصلح على ثلاثة اضر ب صلح مع اقرار و صلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى

(جلد الثاني) (الهداية مع السكافية) ١٢

المقدور بتعاطيه وشرطه العقل لا البلوغ والحريية وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كلقصاص مجمع الانهر (قوله وهو ان لا يقر الخ ايما الى ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت هو ان لا ينكمز اصلا نتائج الافكار

(قوله لما روينا قلت كان الاظهر ان يقول الآخر ما روينا لان اوله حجة عليه لانه نتائج (قوله حراما على
الاخذ لان المدعى عليه منكر ولم يثبت حق المدعى بالبينة فيكون عليه حراما مل (قوله واول ما روينا
اقول هذا ليس بصحيح لان آخر الحديث مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان ليس لاول الكلام
في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يروى
بان (قوله وتاويل آخره احل حراما الخ متصل من ١٧٨) حيث المعنى بقوله واول ما روينا

عليه ولا منكر واصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير
ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم
حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهنه الصفة لان
البديل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه
يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولما اتوا واول ما روينا وتاويل
آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يبطأ الضرر
ولان هذا صلح بعيد دعوى صريحة فيقضى بجوازه لان المدعى باخذه عوضا
عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه
وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية النفس ودفع الرشوة لدفع الظلم
امر جائز قال (وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان
وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقبين
بئرا ضيهما (فيجوز فيه الشفعة اذا كان عقار او برد بالعيب ويثبت فيه خيار
الشرط والرؤية ويفسد به جهالة البديل لانها هي المغضية اى المنازعة دون
جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القبرة على تسليم البديل وان وقع عن
مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال
والاعتبار في العقود لمعاينها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت
احدهما في المدة لانه اجارة قال (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى
عليه لا فناء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا
(ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقبين
وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يعتمل الاقرار والجور
فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة)
قال معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع
المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار
حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى ياخذها عوضا عن المال فكان
معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكتبه قال
(واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه

فحاصل الكلام ان لنا اول
ما روينا مع تاويل آخره
فالدليل مجموع الحديث
بملاحظة هذا التأويل ونتائج
(قوله لانها هي المغضية
الخ لانه يحتاج الى قبضه
فلا بد من اعلامه على وجه
لا يبقى فيه منازعة بينهما
فلهذا لا يثبت الحيوان فيه
ويبقى النعمة ولا يثبت الثياب
فيه فينا في النعمة الاموصفا
مؤجلا كما في السلم ك (قوله
دون جهالة المصالح عنه كما
يقول السفيري بين المتخاصمين
كل دعوى لك على فلان
صالحة على هذا المقدار
عيني (قوله بمنافع اى
اذا كان البديل المنافع بان كان
على رجل عشرة دراهم
فصالح من ذلك على منفعة
الدار سنة او ركوب الدابة
سنة ونحو ذلك مل (قوله
والاعتبار في العقود لمعاينتها
ولهذا كان البيع بالتعاطى
صحيحا وكان الهبة بشرط
العوض بيعا وكانت الحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة
والكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة عيني (قوله لانه

ياخذها على اصل حقه ان يبقيا في يده وملكه كما كانت ك (قوله فيلزمه الشفعة الخ فصار (بمصة)
كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر فيجب فيها الشفعة مل (قوله الكلام على حنفى المضاف
اى في بيع البياعات والبياعة بالكسر متاع وكالاى فروغتنى كذا في ممنون الارب دوزن يك مرد هريكى
ازان ضره است مر ديكريرا من اشارة الى قوله لان المدعى ياخذها عوضا عن حقه في زعمه

(قوله غير مشتمل على غرضه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها كـ) قوله فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل لغرض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه عيني (قوله رد حصته أى رد المدعى حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أى فى أصل الدعوى امارجوعه فلانه قام مقام المدعى عليه فى كون البعض المستحق فى يده واما رد الحصة فلخلو الخ ع) قوله ﴿١٧٩﴾ لانه مبادلة لان المدعى انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم

فيرجع بمبدله كفى البيع عيني (قوله هو الدعوى لان المدعى ماترك الدعوى الا ليسلم له البديل فاذا لم يسلم له رجع بالبديل وهو الدعوى زيلعى) قوله فى الفصلين اى فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك بالمدعى وان كان انكار رجع بالدعوى عيني (قوله او يلحق به الخ فان الابرء عن الدعوى صحيح وان كان الابرء عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرأك عن دعوى هذه العين يصح الابرء حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع كـ) قوله فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز نتائج (قوله والمنافع اى والصلح ايضا يجوز عن دعوى المنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجعله الوارث او اقربه وصالحه على شىء جاز لان اخذ العوض عن المنافع جائز بالاجارة فكذا بالصلح عيني

بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لان المدعى عليه ما بديل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصلح عليه عن اقرار رجع بكل المصلح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان البديل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث رجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحقة له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين قال (وان ادعى حقا فى دار

ولم يبيته فصالح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقى) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شىء يقابله فيرجع بأكمله على ما قدمناه فى البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقي الوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى او يلحق به ذكر الابرءة عن دعوى الباقي (فصل) (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه فى معنى البيع على ما مر

(والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) والاصل فيه ان الصلح يجب حملة على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيا لا لتصح تصرفى العاقد ما امكن قال (ويصح عن جنابة العمى والخطا) اما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شىء فاتباع الآية قال ابن عباس رض انهما نزلت فى الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شىء لانه لا يجب بمطلق العفو وفى النكاح يجب مهر المثل

(قوله يجب حملة الخ اقول لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حمل مثله على شىء من العقود غير ظاهر نتائج (قوله اى فى مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده ع) قوله لانه لا يجب الخ يعنى لما لم يسلم مالا متقوما فى الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء فبقى مطلق العفو عن القصاص وفى ذلك لا يجب شىء فكذا فى ذكر الخمر فى الصلح كـ

(قوله لانه الموجب الاصلى الخ وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فان ما شرع الالبالمال فاذا لم يكن
المسمى صالحا صار كالوالم يسمى مهرا فوجب مهر المثل واما الصالح فليس من ضرورات وجوب المال فانه لو عفى
بلا تسمية شئ لم يجب شئ وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما يصلح بدلا لعقود من له الحق
فصح ان وجوبه ليس من ضرورات ع (قوله في الطلاق جواب الكتاب هو قوله ويصح عن جنابة العبد الخطا
عيني (قوله بخلاف الصلح عن حق الخ هو ان يصلح الشفيع على ﴿ ١٨٥ ﴾ ان يترك الشفعة بمال يأخذه من

المشتري عيني (قوله ولا
حق الخ اى لاحق للشفيع
في الدار المشتراة قبل ان
يأخذه بالشفعة اصلا واخذ
البذل اختمال في مقابلة ما
ليس بشئ ثابت في المحل
وذلك رشوة حرام عيني
(قوله في حق الفحل اى
ليس هو مملوكا من كل وجه
بل في حق الاستيفاء فقط
فلهذا لو قتل احد الغاتسل
ليس للولى ان يطالبه بشئ
مل (قوله فيصمح الاعتياض
عنه لانه اعتياض عما هو
ثابت له في المحل فكان
صحيحا عيني (قوله بمقادير
الدية اى انواع الدية
كالابل والنهب والفضة
عيني (قوله لو قضى
القاضى الخ صورته ان يقضى
القاضى بالف دينار وصالح
على خمسة عشر الف درهم
جاز لانه مبادلة خمسة عشر
الف درهما بالف دينار مل
(قوله بمنزلة القضاء ولو
قضى القاضى باحد المقادير
زيادة على مقدار الدية
لم يجز فكذا هنا ع (قوله
واحد الخ قيد بقوله واحد

على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك (دان)
صلاح المسلمين ويضعها في بيت المال لان اعتياض الامام عن الشركة العامة جائز عيني (قوله وكان في
معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك البضع خلع تبين (قوله ان يجعل زيادة الخ كانه زاد في مهرهائم خالعا
على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كافي (قوله لا يعطى الخ اذا ليس له شئ من هذه
الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج ك

(قوله وان لم يجعل الخ اى ان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذته عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزم هارده لك (قوله على هذا الوجه لانه اقرب العقود اليه شبهها بالعتق على مال فيجعل في معناه عيني (قوله ولهذا ابضح لقوله وكان في حق المدعى بمنزلة الاعتراف على مال مل (قوله يصح على الخ ولو كان مبادلة لماصح الا ترى انه لا يصح السلم في الحيوان اما

﴿ ١٨١ ﴾

الاعتاق على حيوان فصحيح فعلم انه بطريق الاعتراف على مال عيني (قوله ويثبت الولاء لانه صالحه على مال بعد كونه عبدا فيكون صلحه بمنزلة الاعتراف على مال فيثبت الولاء عيني (قوله يباع اى من حيث البيع قيده لانه يملك التصرف فيه باجازة مل (قوله وصار كالاجنبي اى صار العبد المأذون له كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بغير اذنه لا يجوز فكنا هذا عيني (قوله فيملكه بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكنا لا يملك الصلح عيني (قوله ثوبا يهوديا هذا وضع المسئلة في الجامع واما وضع المسئلة في الاصل ففي العبد ويهود قوم ينسب اليهم الثياب كذا في النهاية ونقل العيني عن السكاكي ان لفظ يهود اسم موضع ينسب اليه الثوب المعلوم القيمة مل (قوله

وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال (وان ادعى على رجل انه عبد فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الاعتراف على مال) لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزومه ولهذا يصح على حيوان في النسيئة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولعله لانكار العبد الان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عبد لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبدا له رجلا عبد فصالح عنه جاز) ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها ببيعها فكنا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه ببيعها فكنا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا اشراءه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منه على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقال يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس بخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولا ي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبد او ترك اخذ القيمة يكون الكف عن عليه اوجه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العبد وان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين اعنفه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق اما عند عما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة في العنف منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا انه لا يظهر الفضل

﴿ باب التبرع بالصلح والتوكيل به ﴾

اوجه الخ هذا هو الوجه الثاني لابي حنيفة وهو ان حق المالك في مثل المقصود صورة ومعنى وايجاب الثوب والحيوان ممكن في النسيئة كما في النكاح والدية وانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة ضرورة تعدد استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاما لضرورة في ايجاب المثل لان الله تعالى عالم بذلك فله الم يقض القاضى بالقيمة ببق المثل واجبا في النسيئة فقبل قضاء القاضى بالقيمة اذا تراضيا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لانه القيمة فلا يتحقق الربوا كما اذا كان العبد والثوب قائما ك

(قوله ما صالح عنه اى عن وكل وهذا فى رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه)
 (قوله لازم للموكل اى على الموكل كما فى قوله وان اساءتم فلها اى عليهما ع) (قوله اذا كان الصلح الخ
 هذا انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصصه بذلك ليس بصحيح
 لجريانه قطعاً فى غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه
 سفيراً محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما

١٨٢

نتائج) (قوله فهو بمنزلة البيع
 هذا اذا كان الصلح عن
 اقرار واما اذا كان الصلح
 عن انكار فلا يجيب بدل
 الصلح على الوكيل فى
 شىء ل (قوله بطريق
 الاسقاط اى اسقاط المدعى
 عن المدعى عليه والسقط
 يكون متلاشياً فلا يثبت
 له شىء ك (قوله بين ما
 اذا كان الخ اما اذا كان منكراً
 فظاهر لان زعمه ان
 لاشىء عليه وزعم المدعى
 لا يتعدى اليه واما اذا
 كان مقراً فلان المصالح
 كان ينبغي ان يصير مشترياً
 ما فى ذمته بما ادى الا ان
 شراء الدين من غير من
 عليه الدين تمليكاً من
 غير من عليه الدين وهو
 لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا
 كان المدعى به عينا والمدعى
 عليه مقراً فان المصالح يصير
 مشترياً لنفسه اذا كان يغير
 امره لان العين بصح شراؤه
 من المالك وان كان فى
 يد غيره واما شراء الدين
 من صاحبه لا يجوز لانه يصير
 تمليك الدين من غير من

قال ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه
 والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح
 عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً
 فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بقصد
 الضمان لا بقصد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع
 الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال (وان
 صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح)
 لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها هو الاجنبى سواء والمدعى
 عليه فصلح اصيلاً فيه اذا ضمنه كالفصولى بالخلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعاً
 على المدعى عليه كالمتبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا
 المصالح شىء من المدعى ونماد ذلك للذى فى يده لان نصحيته بطريق الاسقاط
 ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان مقراً ومنكراً وكذلك اذا قال صالحتك على الفى
 هذه وعلى عبدى هذا صالحتك وايمه تسليمها لانه لما اضافته الى مال نفسه فقد
 التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على الفى وسلمها) لان التسليم اليه
 يوجب سلامة العرض له فيتم العقد المحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على
 الفى فالعقد موقوف فان اجاز له المدعى عليه جاز وايمه الا ان لم يجزه بطل)
 لان الاصل فى العقد انما هو المدعى عليه لان دفع المحصورة حاصل له الا ان
 الفضولى يصير اصيلاً بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يصف بقى عاقداً من
 جهة المطرب فتوقف على اجازته قال رضى وجه آخر وهو ان يقول صالحتك على
 هذه الا اى وعلى هذا العبد ولم ينسب الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شرطاً
 سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيباً فردد فلا سبيل له على
 المصالح لانه التزم الا يفاء من عمل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه فان سلم العبد له تم
 وان لم يسلم لم يرجع عليه بشىء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مائة وضمنها
 ودفعها ثم استحققت او وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلاً فى
 حق الضمان وهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله
 باب الصلح فى الدين

عليه الدين مل (قوله ولو استحق العبد اى الذى صالحه عليه فى هذه الصورة) (قوله يجبر على (قال)
 التسليم اى يجبر المصالح على تسليم الدراهم اذا ضمنها بخلاف ما اذا لم يضمن حيث لا يجبر عيني
 (قوله باب الصلح فى الدين لما ذكر الصلح من عموم التعاوى ذكر فى هذا الباب حكم صلح الخاص من
 الدعوى وهو دعوى الدين لان الخصوص ابتدا ما يكون بعد العموم فنهايه

(قوله وكل شيء وقع عليه الخ صورته باع ثوباً بعيناً مثلاً بعشرة دراهم واقتراً من غير قبض الدراهم من غير ذكر الاجل ثم تصالحا على خمسة دراهم فانه يجوز وان اقتراً من غير قبض بدل الصالح الذي هو خمسة دراهم لان هذا الصالح محمول على انه استوفى بعض حقه اسقط باقيه وانما قيدنا بقولنا من غير ذكر الاجل فانه لو كانت له الف مؤجل فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز على ما يجرى في الكتاب وانما حمل هذا على الاسقاط دون المبادلة لان

﴿ ١٨٣ ﴾

مبادلة العشرة بالخمس لا يجوز فيكون مسقطاً بعض الحق بغير عوض وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي (قوله وهو مستحق الخ يعني ما وقع عليه الصالح وهو بدل الصالح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما بطريق المداينة وانما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والاثنان كذلك لان الاصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه مل (قوله على خمسمائة زبوف حالة او مؤجلة جاز فيجعل مسقطاً للقدر والصفة ومستوفياً لبعض حقه او مؤخراً لان من استحق الجباد يستحق الزبوف تبين (قوله غير مستحقه لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيل تبين (قوله فلا يمكن حمله على التأخير لان حق الطالب كان في الدراهم لافي الدنانير عيني (قوله بكلمة على قلت الباء في

قال (وكل شيء وقع عليه الصالح وهو مستحق بعقد المداينة لم يعمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كنه له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكن له على آخر الف جباد فصالحه على خمسمائة زبوف جاز فكانه ابرءه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتصرف لصاحبه ما امكن ولا وجه لتخصيصه معاوضة لافضائه الى الربوا فيجعل اسقاطاً للبعض في المسئلة الاولى والبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بثمنها نسيئة لا يجوز فعملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجوز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة ولا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سواء المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصالح قال (ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المعجل غير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتباراً عن الاجل وهو حرام (وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحق بعقد المداينة وهي زيادة وصفا فيكون معاوضة الف على خمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدر او وصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اوجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا يعتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس لو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصالح لانه امكن ان يجعل اسقاطاً للدنانير كلها والدراهم المائة وتأجيلاً للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال (ومن له على آخر الف درهم فقال اد الى غدا منها خمسمائة على انك برئ من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاود عليه الف وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق لا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقى البراء مطلقاً فلا يعود كما اذا بدء

بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فالعنى حيث ذكر اداء الخمس مائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة نتايج (قوله والاداء لا يصلح الخ لانه واجب عليه قبل الصالح وهو لم يذكر للبراء عوضاً سواء والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئاً فصار وجوده كعدمه فحصل البراء مطلقاً تبين

(قوله اولانه متعارف الاقرب ان يكون قوله لانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لنصرته وان كان الظاهر من كلام اكثر من الشراح ان يكون معطوفا على قوله لوجود الخ فمعنى كلام المصنف فيجعل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل اولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة الصحيحة للتجزؤ ويكون قوله تصحيحا لنصرته وقوله اولان متعارف بياناً للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين نتائج ١٨٤

(قوله والابراء الخ هذا جواب عما يقال ان تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريم او كفيل اذا ادبت او منى ادبت الى خمسمائة فانت برىء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف يكون جائز اعني (قوله ما يتقيد الخ التفاوت بين المقيّد بالشرط والمعلق به ان البراءة في صورة التقييد موجودة ولا كذلك في التعليق لان المعلق بالشرط لا يوجد له قبل وجود الشرط أما المقيّد موجود الا انه اذا لم يوجد الشرط ينعدم والبراءة هنا موجودة وله لا يتمكن من مطالبة الالف في اليوم والغد الا انه اذا انعدم الشرط ينعدم كافي (قوله وان كان لا يتعلق به الفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظاً ومعنى اما لفظاً فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضه ان يزول

بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيّد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدء باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضاً حذراً فلاسه او توسلاً الى تجارة اربع منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محمولة للشرط بوجود معنى المقابلة فيه فيجعل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لنصرته اولانه متعارف والابراء ما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رض وهذه المسئلة على وجوه احدها اذ كراهه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اني بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابراءتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غداً فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة اولم يعط لانه اطلق الابراء اولاً واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ بداء خمسمائة لان الابراء حصل مقروناً به فمن حيث انه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ومن حيث انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادلى خمسمائة على انك برىء من الفضل ولم يوقت للداء وقتاً وجوابه انه يصح للابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لم يوقت للداء وقتاً لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق الا زمان فلم يتقيد بل يجعل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان ادبت الى خمسمائة او قال اذا ادبت او منى ادبت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيهما من معنى التملك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اني بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لا امر لا اقر لك بمالك حتى تؤخر عني او تحط عني ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا ما اذا قال علانية يؤخّره به

(فصل في الدين المشترك) واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع النى عليه

(الدين)

ان لم يوجد الشرط وفي التعليق الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضة ان يثبت عند وجود الشرط ع (قوله كالحوالة فانها براءة ثابتة في الحال مقيدة بشرط اداء المحتال عليه وليست بمعلقة عليه حتى مابقي حق المطالبة مادام المحتال عليه حياً من المعجل ولولم يوجد الشرط ومات المحتال عليه مفلساً اعاد الدين الى ذمة المعجل مل

(قوله الا ان يضمن له الخ استثناء من قوله فشريكه بالخيار يعني اذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك الغير المصالح الخيار لان حقه في الدين ولا يكون له سبيل في الثوب عيني (قوله لانه ازداد اي لان الدين قبل القبض وصف شرعي وبعد القبض صار عيناً منتقاة قابلاً للتصرف فالدين ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضاً او منقوداً عيني (قوله ولكنه قبل الخ هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين

﴿ ١٨٥ ﴾

بالقبض كالثمر والولد

ينبغي ان لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركته كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير اذن الآخر عيني (قوله كذا من المبيع اذا كان صفقة واحدة بان جمع اثنان عبيد لكل واحد منهما عبيد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وان اختص كل واحد من العبيد باحدهما (قوله

نصف الثوب ونصف الثوب قدر ربع الدين لان الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربع لاهالة عيني (قوله لما قلنا من ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئاً منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض عيني (قوله كان لشريكه الخ بيان هذا ان احد ربا الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المدينين سلعة وجب على من اشترى سلعة مثل ما وجب له في ذمة المدينون فالتقيا قصاصاً

الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين) واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذ قبض احدهما شيئاً منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمره فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بملا عن حقه فيملكه حتى يتفقد تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متعدي كمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثن من المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفت هذا نقول في مسئلة الكتاب ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال (ولو استوفى احداهما نصف نصيبه من الدين

كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى

احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين) لانه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملاً لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبنىه على الاغماض والمحيطه فلو الزمناه دفع ربع الدين ينضر ربه فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين ولشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضى بالنسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احداهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتباراً بالابراء المطلق ولا يصح عندهما

فصار كانه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه ان يرجع عليه بحصة من ذلك فكذا هذا عيني (قوله بخلاف الصلح يعني ما اذا صلح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلاً حيث يكون المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف الثوب وان شاء دفع اليه ربع الدين عيني (قوله فيتخير القابض اي بين ان يدفع نصف المصالح عليه او ربع الدين ك

(قوله يؤدي الى قسمة الدين الخ انما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلانه يعل للاحد النصيبين حال والآخر مؤجل واما في الحكم فلان للساكت ان يطالب المدينون بنصيبه في الحال والمؤخر لا والقسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة تميز وما في النعمة لا يتصور فيه التمييز ولان في القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عرضا ﴿ ١٨٤ ﴾

عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصدا والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في النعمة يظهر اثره عند المطالبة والفرق لا بين حنيقة ومحمد بين الابرء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الابرء هو انه لا يبقى نصيبه بعد الابرء اصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفي التأخير يبقى نصيب كل واحد منهما في اصل الدين على حاله حتى ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاصل كان للمؤخر ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما ك (قوله) فهو قبض لان ضمان الهلاك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيعتبر قضاء الاول فكانه قبض نصيبه من الدين المشترك فلآخر ان يرجع عليه برقع الدين مل (قوله) والاستيجار الخ اي ان استاجر احدهما من المدينون دارا بنصيبه

لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عيناً منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جنابة العم قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الدين وبما اذا اشترى عبد افقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في النعمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلط ابرأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول وعلى الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق (فصل) في التخرج قال (واذا كانت الشركة بين ورثة فخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركه عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه واكثره لانه امكن تصحيحه ببعائه فيه اثر عثمان رضى فانه صالح تماضر الاشجعية امرأ عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال (وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهباً او كان ذهباً فاعطوه فضة فكذلك) لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان النسي في يده بقية التركة ان كان جاحداً يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فيتنوب عن قبض الصلح وان كان مقر الا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا يتنوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لمحقه من بقية التركة) احتراز عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة الدراهم والدنانير

من الدين وقبض كان للساكت ان ياخذ منه ربع الدين عيني (قوله) وكذا الاحراق اي لو احرق احدهما ثوب المدينون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد ربح هذا قبض حتى يثبت للساكت ان يطالب برقع الدين لان الاحراق اتلاف مال مضمون كالغصب فيجعل المحرق مقتضيا وقال ابو يوسف لا يرجع عليه بشيء لانه منافي نصيبه بما صنع عيني

(قوله فالصلح باطل اى فى الكل فى الدين والعين جميعا اما فى حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين واما فى حصة العين فلان الصلح لما فسد فى حصة الدين يفسد فى حصة العين ايضا لاتحاد الصفقة كـ) قوله لان فيه اى لان المصالح بصير مملكا نصيبه من الدين من سائر الورثة بما يأخذ منهم من العين كفى (قوله وقيل يجوز الخ وهو قول الفقهاء ابي جعفر الهندوانى رح فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وان كان

١٨٧

فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز موديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهى ساقطة الاعتبار وفى فتاوى قاضى خان رح والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر رح لان الثابت ههنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر (قوله لانها لاتفنى الخ ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة الا ترى انه لو باع قفيرا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة ولو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فيفضى الى المنازعة كـ) (قوله لاتجوز الخ وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضاء وجه القياس ان التركة لاتخلو عن قليل الدين فتقسم نغيا للضرر عن الورثة ع (قوله كتاب المضاربة

وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى ملان الجنس كفى البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان فى التركة دين على الناس فادخلوه فى الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه لا غطاء وهو تمليك الدين من عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين وفى الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يفرضوا المصالح مقدار نصيبه وبالصالح وعماله وراى الدين ويعيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربو وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا ذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لاتفنى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخى فى القسمة انها لا يجوز استعسانا ويجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمي بها لان المضارب يسحق الربح بسعيه وعمله وهى مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهنت فى التصرف صفر اليد عنه فهدت الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغنى والزكى والفقر والغنى وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس بباشرونة فقرهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب امانة فى يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شرك فيه لملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب

فى الشرع عبارة عن عقد الشركة بهال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركنها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت او ما يودى هذا المعنى وشرطها ان يكون رأس المال من الايمان فلا يصح الا بالمال الذى يصح به الشركة وسببه نفاق البقاء المقدور تبعها بتعطائها وحكمه الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح ع

(قوله) الا بالمال الذي الخ وهوان يكون رأس المال دراهم اودنانير عند ابى حنيفة و ابى يوسف اقلوا
رائجة عند محمد حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعا ك (قوله) جاز وقال الشافعي
لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكذا ببيع العروض الا وهو كبيع
من نفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه تبين (قوله)
من حيث انه توكيل الخ صورة

العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال
(المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من احد الجانبين) ومراده الشركة في الربح
وهو يستحق بالمال من احد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بينهما
الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب
كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من
قبل ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على
فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك
حيث لا يصح المضاربة لان عند ابى حنيفة ره لا يصح هذا التوكيل على ما مر في
البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري لا مرفق بصير مضاربة بالغرض
قال (ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مامشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة)
من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا يثبت منها كافي عقد الشركة
قال (فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر
فيقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده
والربح لرب المال لانه نمام ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة
ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابى يوسف خلافا لمحمد كايضا في
الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب
بتسليم المنافع والعمل وقد وجد وعن ابى يوسف انه لا يجب اعتبارا
بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون
بالهلاك اعتبارا بالصحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب
جهالة في الربح يفسده لاغتلال مقصوده وغير ذلك من الشروط
الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب
قال (ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يربح المال فيه) لان
المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة
لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من

اضافة التوكيل الى المستقبل
ان يقول وكلتك بان تبني
عبدى هذا غدا فانه
يصير وكيل اغدا او بعده ولا
يصير وكيل قبل الغد
وصورة اضافة الاجارة ان
يقول اجرتك دارى غدا
فان الاجارة تنعقد عند
عجى الغد لا قبل عيني (قوله)
في البيوع اى في باب
الوكالة بالبيع والشراء من
كتاب الوكالة لان كتاب
البيوع وهو قوله قال من
له على آخر الف فامره ان
يشترى بها هذا العبد الى
آخره (قوله) فان شرط
الخ الفاء في قوله فان شرط
زيادة عشرة للتفريع المقصود
بالمسئلة الاولى بيان ان
عقد المضاربة يفسد
باشتراط دراهم مسماة لاحد
المتعاقدين وبالثانية بيان
ان حكم المضاربة الفاسدة
وجوب اجر المثل للعامل
فكانه قال اذا عرفت فساد
عقد المضاربة باشتراط
دراهم مسماة لاحدهما فاعلم
ان حكم فساد عقد المضاربة
باشتراط ذلك وجوب اجر

المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المنكورة في مسئلة (ان)
الجامع الصغير على سبيل التمثيل لاعلى سبيل المحصر فيها ومن عادة المصنف ان لا يغير المسئلة التي اخذها
من الجامع الصغير او من مختصر القنورى ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة
المنكورة بان قال في تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة نتائج (قوله) اعتبار
الخ فاذا لم يجب شىء في الصحيحة اذا لم يربح ففي الفاسدة اولى ان لا يجب عيني

(قوله لم ينعقد الخ لانها انعقدت على العمل بينهما فمتى شرط انتفاء يدرب المال لم ينعقد اصلا عيني (قوله او غير عاقد الصغير صورته ان الاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير لايحوز لان الصغير اذا كان مالا كانت يده على المال كالصغير فبها يده يمنع كونه مسلما الى المضارب ن (قوله كالمأذون يمنع مالا مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالا كالفاته ولكن يد التصرف له ثابتة فنزله منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف ﴿ ١٨٩ ﴾ فكان قيام يد مانع الصلة المضاربة مل (قوله بخلاف الاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز عيني (قوله مطلقة نجوان يقول دفعت اليك هذا المال المضاربة ولم يزد على ذلك ع (قوله له ان يسافر الخ لان الظاهر ان صاحبه رضى به اذا الانسان لا يستقيم بدار الغربة دائما في الغالب واعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع حلمه بحاله يدل على رضاه بالسفر الى بلده تبين (قوله لان الشئ لا يتضمن الخ هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان لحكم المالكية لا لحكم النيابة اذا المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار مرابدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التخصيص عليه او التفويض المطلق اليه ك (قوله لانه دونه اى لان حكمها دون حكم المضاربة

ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقد او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابت له ويقام يده بمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتقاضين واحد شريكى العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له فان لم يكن عاقد واشترط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسد ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصى لانهما من اهل ان يأخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال (واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الاب التجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابداع والابضاع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر في المضارب اولى كيف وان المفظد دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السبر وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التخصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان التوكيل لا يملك ان يركل غيره فيما وكاه به الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الابداع والابضاع لانه دونه فينتضنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعریم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل له به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة

فيتضمنه اى اذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الابداع والابضاع عيني (قوله فلا يحصل به الخ لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثابة لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره وهذا بخلاف الابداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الابداع حفظ المال وهو من صنيع التجار ك (قوله تحت هذا القول اى اعمل برأيك لان الشركة والخلط بماله من صنيع التجار فيملكها المضارب عند هذا القول ن

(قوله فائدة وهي صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانة المضارب حيث أمكنه المنع عنها واقتل
الاسعار باختلاف البلدان والمضارب مادام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة كـ) قوله وكذا اذا رد
أى كذا يكون المضاربة على حالها اذا رد المضارب بعض المال الى الموضع الذى عينه والحال انه قد اشترى ببعض
المال في المصر الذى عينه عيني (قوله واشترى ببعضه الخ أى اشترى ببعضه في المصر الذى عينه واخرج البعض
منه ولم يشتر به ثم رده الى الذى عينه كان الخ ع) (قوله على المضاربة ١٥٥) واما اذا اشترى ببعضه في ذلك
المصر وبعض آخر في غيره

فهو ضامن لما اشتراه
في غير وله ربحه وعليه
وضيعة لتحقق الخلف فيه
في ذلك العقد والباقي على
المضاربة اذ ليس من ضرورته
صيرورته ضامنا لبعض المال
انقضاء حكم المضاربة فيما بقي
ع (قوله بنفسه الاخراج أى
صار بنفسه الاخراج متعديا
ضامنا لكنه لا يتقرر الا
بالشراء في بلد آخر فاذا رجع
قبل تقرر زوال الضمان بقي
المال على ما كان تبين (قوله
وهذا اشار بهذا الى قوله
وان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه عيني (قوله
الاذا صرح بالنهي لان
الدلالة لاتعارض الصريح
وهذا كوضع المائدة بين قوم
يكون اذنا بالتناول اما اذا
صرح بالنهي لايباح التناول
كـ) (قوله ان يقول الخ هذه
الفاظ والغرض من ذكره
التمييز بين ما يدل ههنا على
التخصيص وما لا يدل (قوله
لانه تفسير له الكلام المبهم
اذا تعقبه تفسير الحكم لذلك
التفسير كـ) (قوله لان الفاء

للولل والتعقيب والنهى يتصل بالكلام المبهم وينعقبه
تفسيره كـ) (قوله لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه
العمل وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بهادون غيرها كـ) (قوله لان الواو للعطف والشئ لا يعطى
على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاما مبتدأ فيصير بمزلة المشورة لانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان
قيل فلم لم يجعل واو الحال اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل يكون بعد الاخذ لاحال الاخذ عيني

بعينها لم يجز له ان يجازوها) لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص
وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك
الاخراج بنفسه فلا يملك تفريضه الى غيره قال (فان خرج الى غير ذلك البلد
فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه) لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى
رده الى الكوفة وهي التى عينها برى من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا
اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على
المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب
المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج الصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال
احتمال الرد الى المصر الذى عينه اما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما
شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصراع تبين اطرافه كبرقة واحدة
فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير
السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان
تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال غدا هذا المال تعمل به في الكوفة لانه
تفسير له او قال اعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال غدا بالنصف بالكوفة
لان الباء للالصاق اما اذا قال غدا هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل
فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان
تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في
المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع
في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من
غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان
وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال
(وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لانه
توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار
كالنقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب

(المال)

(قوله وضع لتعصيل الربح في هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان يشتري من يعتق على مولاه ولم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود المولى مقيدا بان يقول اشتر عبد ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا (قوله كما اذا ورثه الخ كأمراة اشترت ابن زوجها فماتت وترك زوجها واخا عتق نصيب الزوج من ابنه ولا يضمن لاهما

﴿ ١٩١ ﴾

لعدم الصنع منه (قوله ثم بلغت الخ قيد بهذا القول لانه اذا لم تزدد قيمته على التي فدعوة المضارب باطلة لانه لا يملك واحدا من الولد والام لان كلا منهما مشغول برأس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك اصلا ويضمن العقر وله ان يبيع الام والولد لانهما مال المضاربة عيني (قوله مستحق اى في حق رب المال ولهذا اذا هلك احدهما يأخذ رأس المال من الباقي ولو كان مجموعهما مقابلا برأس المال يكون منقسما عليهما فبهلاك احدهما لا يجوز اخذ رأس المال من الباقي لان رأس المال ح في حق الباقي هو حصة الباقي فلا يظهر الربح اى الزيادة في مقابل رأس المال الا فيما يزاد قيمته على رأس المال اعظمى (قوله اذا صار اعيانا اى اجناسا مختلفة حقيقة او حكما حتى لو كان اعيانا من جنس واحد كل عين يساوى رأس المال يظهر

المال للقرابة وغيرها) لان العقد وضع لتعصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعنته ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فينتحق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذ على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذ خالف قال (فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويقس نصيب رب المال او يعتق على الاغنى المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشترى منهم ضمن مال المضاربة) لانه بصير مشتريا للعب فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم) لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) ملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شئ يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتسبت ماله عند فليسعى فيه كما في الورثة قال (فان كان مع المضارب التي بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها التي فوطئها فجات بولد يساوى الفا فا دعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمضى موسر فان شارب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء عتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعنى الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا اذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا عتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبده ثم اشتراه فاذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال

الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوى الفا ورأس المال التي كان له ربعها حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح اما العبد فعند ابي حنيفة اجناس مختلفة لفحش التفاوت في المعاني الباطنة وعند مالك الان يرى القاضى الصلاح في الجميع او يتراضوا على ذلك فجمع ك (قوله كذا هذا فاذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد

(قوله بالنسب والملك فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما تبين (قوله فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا ع (قوله ولا صنع له فيه اى لا صنع للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان رب المال بالخيار ان شاء اعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعه تبين (قوله ظهر ان الجارية الخ وانما لم يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد رجحا لانما يجب على الولد

﴿ ١٩٢ ﴾

من جنس رأس المال وانه مقدم في استيفاء فكان تعيينه لرأس المال اولى لما صارت الجارية ربعا فعقرها الواجب على المضارب يصير ربعا ايضا فيكون بينهما ك قوله لا يستدعى صنعا لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوى فيه التعدي وغيره كالنائم اذا انقلب على شئ فاتلفه ك (قوله كما اذا استولك الخ كالاخ تزوج جارية اخيه فمات الاخ المولى وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فان الزوج يملكهما غير صنعه فيضمن نصيب شريكه عيني (قوله بخلاف ضمان الولد لانه ضمان اعتاق فلا يضمن التعدي ولم يوجد ك قوله الا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد الخ ن (قوله اذا كانت المضاربة الخ اطلق المضاربة ولم يبين ان المراد بها المضاربة الاولى او الثانية او كلاهما فالاولى والثانية اذا كانتا فاسدتين لم يضمن الاول ولا الثاني

شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا يضمن التعدي ولم يوجد (وله ان يستدعى الغلام) لانه احتبست ماليته عند ولده ان يعتق لان المستدعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستدعيه في التي ومائتين وخمسين لان الاثني مستحق برأس المال والخمسائة ربح والربح بينهما فلها يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الاثني ان يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الاثني المأخوذ لها استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقى نفاذها فقد الملك فاذا ظهر الملك نفدت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى صنعا كما اذا استولك جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر

﴿ باب المضارب يضارب ﴾

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضارب ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال اذا عدل به ضمن ربح اولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجبر فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما

لوهلك المال في يده فان الاول ما اشرك الثاني في الربح بل الثاني اجبر فيه وله اجر مثله (يضمن) والمستأجر اذا استأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعلم الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذا لو كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا وكذا اذا كان الاولى فاسدة والثانية جائزة صورة فان الاولى اذا كانت فاسدة فالربح كله لرب المال فبعضد الاولى تفسد الثانية ايضا فلا تغيب الثانية شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثاني شركة في الربح مل

(قوله بناء على اختلافهم الخ اذا اودع رجل ودبعة واودع المودع عند آخر وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما ربح المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كافي المضارب الثاني عنده لا يضمن وعندهما يخير رب المال كـ (قوله ان شاء ضمن الاول اى ضمن المضارب الاول رأس المال لانه صار ضامنا محالفا بدفع ماله الى غيره لاعلى الوجه الذى رضى به رب المال وان شاء ضمن الآخر لانه قبض ماله بغير اذنه وتصرف فيه من) (قوله وكذا عنده اى كذا

١٩٣

عند أبي حنيفة لكن يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع عيني (قوله يقبضه لمنفعته الخ لان على الاول حفظ الوديعة فاذا دفع الى غيره يكون عاملا به بامر في القبض فينتقل علمه الى الاول فصاركانه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل علمه الى الغير كـ (قوله لانه عامل له اى لان المضارب الثاني عامل له لاجل المضارب الال قيل في كلامه تناقض لانه قال قيل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل المضارب الاول والجواب ان الجهة مختلفة لان الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع وعمل المودع هو الحفظ للمودع فاندفع التناقض عيني

يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عند وجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لانه ظهر انه ملكه الثاني بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لاعلى الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كافي المودع ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرط لان اقرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه

بالثالث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان مارزق الله فهو بيننا نصفان فله رب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك قدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب له ما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم) وان كان قال له على ان مارزقك الله فهو بيننا نصفان فله للمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الاول وقد رزق الثامنين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فماربحت من شئ فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف

(قوله كافي المودع (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ١٣

يرجع على الغاصب المودع كـ (قوله في ضمن العقد اى العقد الذى بين الاول والثاني فان الثاني اعتمد الاول غرض عيني (قوله يستحقه بملكه الخ لانه يستحقه برأس المال والمالك في رأس المال حصل اداء الضمان مستندا عيني (قوله فلا يعرى عن نوع جنث لانه ثابت من وجه دون وجه فمن حيث انه لا ملك له يتمكن الجبث فيه فيكون سبيله التصديق كـ

(قوله) وهو سبب الرجوع الى الغرور في العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه كـ (قوله) فصل لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب ادرب المال حكم غير ما ذكر ادرب في فصل علي حدة عـ (قوله) واذا شرط الخ هذه المسئلة تجانس الاولى من حيث اشتراط المضارب في الربح وتغالفا

﴿ ١٩٤ ﴾

الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على ان مارزق الله تعالى فلي نصفه او قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كن استوجر ليعطي ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليعطيه بمئة (وان شرط للمضارب الثاني ثلث الربح فلرب المال النصف وللضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينصف في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلها الرجوع عليه وهو نظير من استوجر لحياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخطيه بدرهم ونصف (فصل) قال (واذا شرط للمضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لان للعبد يد مضاربة فصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما ودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عهده المأذون له واذا كان كذلك لم تكن مانعا من التسليم والتخليه بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ماله اذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان اعاقف هو المولى ولو عقدا العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عندنا ببيعته لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

﴿ فصل في العزل والقسمة ﴾

قال (واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة) لانه توكل على

من حيث ادخال عبد رب المال في استحقاق الربح فلذا فصلها فصلين (قوله) ولعبد رب المال الخ التقييد لعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لنفع ما يتوهم ان يد العبد للمولى فيمنع التخليه فقال هو جائز اي سواء كان على العبد دين اولم يكن لان عبد رب المال في حق المضاربة كعبد اجنبي آخر ولا يمنع التخليه لان للعبد يد معتبرة كـ (قوله) واشتراط العمل الخ فينتفك خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فيصح عيني (قوله) يجوز بيع الخ اما عبد ابي حنيفة فلان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين واما عندهما فلان جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت عيني (قوله) واذا كان كذلك اي اذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منه اذا كان مأذونا له مديونا لم يكن اي اشتراط ثلث الربح بعبد رب المال مع اشتراط العمل

عليه عيني (قوله) فصل في العزل والقسمة اي في عزل المضارب وقسمة الربح ولما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد هذا لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح نتائج الافكار

(قوله يبطل الوكالة لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الامر كل ساعة عيني (قوله قد مر اى حكم بطلان الوكالة بموتها او بموت احدهما من قبل اى في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة مل (قوله طلعت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد مسلما وهو رب المال جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان عقدهما المضاربة على ما شرط اما اذا لم يتصل قضاء القاضى بلحقه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب ١٩٥ العزل ولا بطلان الاهلية واما بعد للحاق والقضاء به فالوكيل

ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل واما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كمالومات حقيقة كذا في المبسوط ك (قوله كنصرفه بنفسه فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفا عند ابي حنيفة لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب عيني (قوله فالمضاربة على حالها اى في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على رده او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه ناذب فيه عن رب المال او هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انقضى تصرفه ك (قوله ونحوها اى نحو العروض في حق البيع بان كان رأس

مانقسم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل (وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان الحقوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل الحوق يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كنصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو الموقد فالمضاربة على حالها) لا له عبارة صحيحة ولا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فنصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد متوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعهما ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهى تبغى على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز ان يشتري بشئها شيئا آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (وان عزله رأس المال دراهم او دنانير وقد نصت لم يجز له ان يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رض الله عنه وهذا الذى ذكره اذا اكل من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير وعلى القلب له ان يبيعهما بجنس رأس المال استعسانا لان الربح لا يظهر الا به وصا كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال (واذا افرقا في المال دينون وقد ربح المضارب فيه اجبره المحاكم على اقتضاء الدينون) لانه بمنزلة الاجبر والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمنبرع لا يجبر على افاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقبة فلا بد من توكيله وتوكيله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له اجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاض لانهما يعملان باجر عادة قال (وما هلك ومن مال المضاربة فهو من الربح دور رأس المال) لان الربح تابع صرف الهلاك الى ما هو التابع الى كايصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان

المال دراهم والنقد دنانير او على القلب ك (قوله واذا افرقا ١٣ اى اذا افرق رب المال والمضارب والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة عيني (قوله كالاجر له لانه استحق الربح بأن عمله وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على اتمام عمله ومن اتمامه استيفاء ما وجب من الدينون على الناس عيني (قوله والمراد منه الخ فكان في الكلام استعارة ومجوزها اشتغالها على النقل وانما فسر به ذلك لان احل ربما يوهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك ع

(قوله لاتصح الخ لان الربيع لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال كـ) (قوله وتبع له لنصير رأس المال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المال كـ) (قوله كما اذا وقع اى رب المال اليه اى الى المضارب مالاخر اى للمضاربة غير المال الاول فانه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول عيني) (قوله فصل الخ ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة لافادة وتنبيهها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة نـ) (قوله

﴿ ١٩٤ ﴾

على المضارب) لانه امين (وان كان يقتسمان الربيع والمضاربة بعاهلها من هلك المال بعضه او كله تراد الربيع حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربيع لاتصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء على ما وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شئ كان بينهما لانه ربيع وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بيننا (فلو اقتسما الربيع وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم ينراد الربيع الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

﴿ فصل فيما يفعله المضارب ﴾

قال (ويجوز للمضارب ان يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه المطلق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكرها اعتبارا لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم آخر الثمن جاز بالا جماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقابل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واماعند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتل بالثمن على الابسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيّد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جعلته التوكيل بالبيع والشراء للمحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايقاع واستفاد الاجارة والاستيجار والابذاع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد بملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود

الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لم يرد وجه من صنيع التجار (قوله سفينة للركوب قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شئ بعينه كـ) (قوله وله ان يستكرها اى السفينة والدواب مطلعا اعتبار العادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام) (قوله في الرواية المشهورة احتريه عن رواية ابن رستم عن محمد انسه لا يملك ذلك باطلاق العقد لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق ان المضارب شريك في الربيع والمأذون لا يصير شريكا فيه عيني) (قوله فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريكا في الربيع او يعرضه ان يصير شريكا كـ) (قوله لانه لا يملك الاقالة اى البيع بالنسيئة الاقالة ولا يملك الاقالة ايضا عند ابي يوسف فلم يمكن ان يجعل تأجيله

(الدلالة)

الثمن بمنزلة الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها كـ) (قوله ولو احتال بالثمن اى لو قيل المضارب الحوالة على الاعسر من المشتري جاز نـ) (قوله وهو ما ذكرنا من البيع بالنقد والنسيئة والاذن لعبد المضاربة وتأخير الثمن والاحتيايل عيني

(قوله وهو ان دفع المال مضاربة او شركة الى غيره او خلط مالها بماله او بمال غيره مل (قوله وهو الاستدانة فان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتخصيص عليه وعند التخصيص عليه تعبير هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشتري بينهما نصفين والدين عليهما نصفين ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة

﴿ ١٩٧ ﴾

الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا ينوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمين فمن هذا الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيتك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيتك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما شبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفائح لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاء هالائه اقراض والعنف بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا امة عن مال المضاربة) وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا ينضم الا بالتوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تقصد المضاربة لان رب المال منصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيله فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصلح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه تمت وصار التصرف مقالا للمضارب فيصلح رب المال وكيله عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب فلجوزنا ههنا يودي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصرف فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته

المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغيره موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما شرطاك (قوله وما اشبه ذلك اى من انواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الاثني مثلا كانت حصة الاثني للمضاربة وما زاد فللمضارب ربحه وعليه وضيفة والمال دين عليه لان الاستدانة نفقت عليه خاصة ك (قوله وما اشبه ذلك بان كان رأس المال الف درهم فليس له ان يشتري بالمكيل والموزون لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا نفقت على المضاربة عيني (قوله واخذ السفائح في القاموس السفينة ان تعطى مالا لاحد والآفة مال في بلد المعطى فيوفيه اياه ذمه فنستفيد امن الطريق وقد مر تحقيق السفينة في آخر كتاب الحوالة مل (قوله فان دفع الخ صورته انه دفع على آخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع

المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال بها واشترى فهي على حالها عيني (قوله شيئا من مال الخ لا يتفاوت الحكم بين ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة او كله ك (قوله بضاعة فان قيل الابضاع هو ان يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وليس للمبضع ههنا مال فكيف يتحقق الابضاع قلنا الابضاع هو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معينه لانه اشفق الناس اليه تصرفا فيصح الاستعانة به عيني

(قوله ومعناه أي معنى كون ركوبه في المال شراء وكراء أي من حيث الشراء ومن حيث الكراء اراد ان المضارب في السفر له ان يركب اما بشراء دابة او بكتراثها عيني (قوله ووجه الفرق أي بين ما اذا عمل في مصر حيث لانفق له في مال المضاربة وبين ما اذا عمل في السفر حيث يجب فيه عيني (قوله لانتهاه الاستحقاق أي بالرجوع الى مصره كالحاج من الغير اذا بقي شيء من النفقة في يده بعد رجوعه وكالمولى اذا بوء امته مع زوجته)

﴿ ١٩٨ ﴾

بيننا ثم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج ان يسترد ذلك عنها (قوله وهو ما ذكرنا اراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم (قوله كالحجاء فان ارض الحجاز حارة يحتاج اهلهما الى ترطيب ابدانهم بالدهن عيني (قوله اخذ الرب المال الخ يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فريضة يأخذ الرب المال رأس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربيع دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرط (قوله زيادة في المالية الخ كالصبي والقصر ونحوهما فانه يوجب زيادة في عيّن المتاع والحمل فانه يوجب زيادة في القيمة لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن عيني (قوله على ما مر من قوله ونوع لا يملك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة عيني (قوله وان صبغها احمر التخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عند ابحنيقة فاما سائر الالوان فمثل الحمرة (قوله على المضاربة حتى اذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ الفاء مصبوغا الفا وما بين كان الالف للمضاربة (شريكا) وماثنا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبي مل (قوله ليس بعين مال قائم به أي بالشوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة وانما قال ليس بعين مال قائم به لانه في الحمل ظاهر واما في القصرة فلانه لا تزيد فيه شيئا ويبقى ابيض على ما كان اصله عيني

وركوبه) ومعناه شراء وكرأ في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاض و نفقة المرأة والمضارب في مصر ساكن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربيع وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (ولو بقي شيء في يده بعد ما قيم مصره رده في المضاربة) لانتهاه الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاء وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار (واما الداء ففى ماله) في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا بدفصار كالنفقة ووجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع الى الداء بعارض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج وداءها في مالها قال (واذا ربح اخذ الرب المال ما انفق من رؤس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يستحب ما انفق على نفسه) لان العرف جار بالمحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها وحملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينظمه هذا البقال على ما مر (وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبي فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبي وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصرة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار

على المضاربة حتى اذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ الفاء مصبوغا الفا وما بين كان الالف للمضاربة (شريكا) وماثنا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبي مل (قوله ليس بعين مال قائم به أي بالشوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة وانما قال ليس بعين مال قائم به لانه في الحمل ظاهر واما في القصرة فلانه لا تزيد فيه شيئا ويبقى ابيض على ما كان اصله عيني

(قوله انتظامه الخ يعنى يتناول قوله اعمل برأيك للصنع كما يتناول ذلك القول لخلطه الى المضاربة بمال نفسه او بمال الغير ن) (قوله بزاقال محمد فى السير الكبير البز عند اهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز عيني) (قوله ويكون ربع الخ لان المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح بقدر الالف فيملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبد اصار ربع العبد وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك الثمن كان ما يخص الربع

١٩٩

على المضارب وما يخص ثلثة ارباع على رب المال عيني (قوله هذا الذى ذكره اشارة الى قوله يغرم رب المال اى لا يغرم فى الحال اذا الثمن فى الحال كله على المضارب لانه هو العاقد ك (قوله وبينهما مضافة اى بين كون الشئ مضمونا وبين كونه امانة مضافة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز ك (قوله ويكون الخ اى يكون رأس المال جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو القان وخمسمائة تبين (قوله ويظهر ذلك اى جميع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقاء ثلثة ارباع العبد على المضاربة وظهور الربع بعد ذلك على ما شرطنا عيني (قوله لتغاير المقاصد اذ مقصوده وصوله الى الالف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع ك (قوله لانه اعتبر عدما لانه لم يزل العبد عن ملكه

شريك بالصنع انتظامه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمه (فصل آخر

قال (فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى

بالالفين عبد فلم ينقصهما حتى ضاعا يغرم رب المال القان وخمسمائة والمضارب

خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة) قال

هذا الذى ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد

الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما تبين فيكون عليه

فى الاخرة ووجه انه لما نض المال ظهر الربع وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى

بالالفين عبد اصار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب

انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع

بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب

المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة

وبينهما مضافة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافى

المضاربة (ويكون رأس المال الفين وخمسمائة) لانه دفعه مرة القان مرة الف

وخمسمائة (ولا يبيعه مرا بعة الاعلى الالفين) لانه اشتراه بالفين ويظهر

ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس

المال ويبقى خمسمائة ربحا بينهما قال (وان كان معه الف فاشترى رب المال

عبد بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرا بعة على خمسمائة) لان هذا

البيع مقضى بجواز لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان يبيع ملكه يملكه الا ان

فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة على الامانة والاحتراز عن شبهة الحيانة فاعتبر

اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبد بالف وباعه من رب المال بالف ومأتمين

باعه مرا بعة بالف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب

المال وقد مر فى البيوع قال (فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبد اقيده

القان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفد اعلى رب المال وربعه على

المضارب) لان الفد اعمونة الملك فيقتدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما

ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا قيمته القان ظهر الربع وهو الف بينهما

ولم يستفد القان لم يكن فى ملكه ومبنى المراجعة على الامانة والتعزز عن الحيانة فيكون البيع الثانى ملحقا بالعدم فى حقها فكانه لم يوجد الا البيع الاول ك (قوله فثلثة الخ اى كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلثة الخ ع (قوله عينا واحدا قيد العين بالواحدة احتراز عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم ع (قوله ظهر الربح بدليل انه يظهر فى حق العتف اذا كان قريبا له ولو اعتقه ينفذ ايضا كفايه

(قوله بخلاف ماتقدم أى فى أول الفصل وأراد به ما إذا ضاع اللسان حيث لا ينتهى المضاربة هناك قبل تثبت
على ما كانت عيني (قوله بخلاف ماتقدم وذكر فى القوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ماتقدم حيث
لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة وههنا يخرج والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة
و ضمان التجارة لا ينافى المضاربة والواجب ههنا ضمان الجناية و ضمان الجناية ليس من التجارة فى شئ فلا
يبقى على المضاربة (قوله فيرجع

﴿ ٢٥٥ ﴾

مرة بعد أخرى لأن الشراء

لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى
موجباً لدين الثمن عليه وهو
عامل لرب المال فيستوجب
عليه مثل ما يجب عليه من
الدين فى العمل واستيفاء
ذلك لا يقع بقبض هذه
الآلوف لأن جميعها يصير
رأس مال المضاربة و قبض
رأس المال قبض أمانة
استيفاء الدين إنما يكون
بقبض مضمون و قبض الأمانة
لا يتوب عن القبض المضمون
فلهنا يرجع إليه مرة بعد
أخرى إلى أن يسقط عنه
الثمن بوصول الثمن إلى
البائع بخلاف الوكيل إذا
كان الثمن مدفوعاً إليه قبل
الشراء لا يرجع بالثمن
الأمرة لأن قبض الوكيل
اتصافه بالضمان والأمانة
كالغاصب إذا ترك ببيع
المغضوب جاز ويكون
مضموناً عليه حتى لو هلك
فى يد الوكيل يجب الضمان
ك (قوله فصل فى الاختلاف
لما بين أحكام مسائل الاتفاق
فيما بين رب المال والمضارب
شرع فى بيان مسائل
الاختلاف بينهما لأن الأصل

والف لرب المال برأس ماله لأن قيمته اللان وإذا قد يخرج العبد عن
المضاربة إما نصيب المضارب فلما بيناه وإما نصيب رب المال لقضاء
القاضى بانقسام الفداء عليهما المأنة يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة
تنتهى بالقسمة بخلاف ماتقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له
حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً على المضاربة
يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ماتقدم (وإن كان معه الف
فاشتري بهما عبداً فلم ينقدها حتى هلك الف يدفع رب المال ذلك
الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة فى يده ولا يصير
مستوفياً والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة
بعد أخرى بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء
وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الأمرة لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة
تجامع الضمان كالغاصب إذا ترك ببيع المغضوب ثم فى الوكالة فى هذه الصورة
يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له
حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده إما المدفوع إليه
قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفياً فإذا
هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر

﴿ فصل فى الاختلاف ﴾

قال (وإذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت إلى الفاور بعت الفاقول
رب المال لابل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب) فكان أبو حنيفة
يقول أو لا القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعى عليه
الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكره
فى المكتاب لأن الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض وفى مثله القول
قول القابض ضميناً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا
مع ذلك فى مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشروط وهو
يستفاد من جهته وإيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البيئات
للأبيات قال (ومن كان معه الف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف

هو الاتفاق ن (قوله وفى مثله أى فى مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف فى مقدار المقبوض القول (وقد
قول القابض احتراز به عما وقع الاختلاف فى صفة المقبوض من كونه قرضاً أو ودعة أو بضاعة فالقول فيه
قول رب المال ك (قوله وإيهما أقام الخ وإن أقام البينة فى هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى فى
مقدار رأس المال وبينه المضارب أولى فى مقدار الربح لأنها كثر إثباتات بين

(قوله ولو قال المضارب الخ سماه مضارباً للمشاكلة بما ذكر في اخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي والاعلم ما في نفسك نتائج (قوله والتخصيص بعارض الخ اى تخصيص المضاربة بنوع بعارض الشرط من جهة رب المال والا فالاصل التعميم ولهذا لو قال خف هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع انواع التجارات فلو لم يكن مقنض العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص عيني (قوله الخصوص ولا يثبت فيه العموم الا بالتخصيص مل ٢٥١) (قوله لحاجته اى لاحتياجه الى اثبات الاذن في نوع يدعى الاذن فيه حتى ينتفى الضمان عنه

وقد ربح الفا وقال فلان هو بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله او شرطاً من جهته او يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او ودیعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت في تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقام البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال (الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمنها يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصعاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به (فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن) لان المالك رضى ببيته لا بغيره والايدى تختلف في الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل بغيره والوضع في حرز غيره ابداع الا اذا استأجر الحرز فيسكون حافظاً بحرزه نفسه قال (الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فتعاق الغرق فيلقبها الى سفينة اخرى) لانه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصح على ذلك

وحفظ بهم ضمن ع (قوله في عياله من زوجته او ولده او وليه او اجيره والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مشاهرة او مسانحة فاما الاجير يعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه ك (قوله لانه لا يمكنه ملازمة بيته اى في جميع الاوقات لانه يخرج في قضاء حوائجه واداء ما عليه من الواجبات عيني (قوله فكان المالك الخ الاولى ترك هذا القول فان المدار على الضرورة ولا دخل لرضاء المالك فان المالك اذا منعه عن النفع الى من في عياله لا يضمن كذا في نتائج الافكار

(قوله ذكر الابينة شمس الائمة الخلواني اذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعة الى اجنبي فان امكنه ان يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على ذلك الابينة وفي المتن اذا علم انه احترق داره قبل قوله وان لم يعلم لا تقبل الابينة ك) (قوله كما اذا ادعى الخ فلا يصدق الابينة لانه يدعى سقوط الضمان بعد تحقق السبب عيني) (قوله شركة انشاء ولو هلك قبل التمييز هلك من مالهما ك) (قوله وامكنه معنى الخ اذا القسمة فيما يكال او يوزن افراز وتعين بالاجماع ٢٥٢) وللهذا يملك كل واحد من الشريكين

الابينة لانه يدعى ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الابداع قال (فان طلبها صاحبها فعبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعبد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بما ساه به بعد فيضمنه بحسبه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لاسبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة وقال اذا خلطها بجنسها شركة ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل الى ايها شاء وله انه استهلاكاً من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرء الخالط لاسبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة لانه لاحق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وغلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه بوجوب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاكاً صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على مامر في الرضاع ونظيره غلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان احنطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق السكيسان فاختلط لانه لا يضمنها لعدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم قال (واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبيدا فاستخدمه او اودعها

ان ياخذ حصة نفسه بل ارضاء وقضاء واذا كان استهلاكاً من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى جانب الغيام وشاركه في المخلوط ك) (قوله من كل وجه لانه ليس الاستهلاك من العباد الا هذا وهو التعيب واما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمن بالاجماع وهو امانة الاستهلاك ك) (قوله ولا معتبر الخ جواب عن قولهما وامكنه معنى بالقسمة لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكمها لها فلا تصلح علة موجبة بالشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ك) (قوله لما ذكرنا اشار به الى ما ذكر من قوله لانه استهلاكاً من كل وجه عيني) (قوله يجعل الاقل الخ فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا ع) (قوله على مامر في الرضاع من انه

اذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع ثبت الرضاع متهما عند محمد وعند ابي يوسف (عند) العبرة للاكثر عيني) (قوله اذابة اراد انه اذا اذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك بكل حال الى الضمان وابو يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر في رواية عنه وقال محمد يشركه بكل مال عيني) (قوله ثم رده مثله اي رده مثل ما انفق قيد بالاتفاق ورد المثل لانه لو اخذه لاجل الاتفاق ثم رده قبل الاتفاق لم يضمن لانه ان خالف عاد الى الوفاق عيني

(قوله زال الضمان انما قال زال لان الضمان وجب عليه بنفس الركوب حتى لو هلك في حالة الاستعمال
يضمن بخلاف عيني (قوله ان الامر باق اي الامر بالمحفظ وهو الابداع باق لاطلاق ذلك الامر لان قوله
امفظ هذا المال يتناول جميع الاوقات عيني (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو وجوب الضمان لان حكم عقد
الوديعة المحفظ وعدم الضمان ونقيض هذا العقد وجوب الضمان حميديه (قوله فحصل الخ جواب عن قول
الشافعي فلا يبرء الابالرد على

٢٥٣

المالك مل (قوله فتم
الرفع فانه لما جحد الوديعة
فقد عزل نفسه عن المحفظ
والمالك لما طلب منه الوديعة
عزله فانفق على العزل
مل (قوله بخلاف الخلاف
الخ يعني اذا خالف فعلا
ثم عاد الى الوفاق يكون
العقد على ماله لانه باق
اذا الخلاف ليس برد الامر
لان الامر قول ورد القول
بقوله مثله واما المحض فهو
قول ورد للامر لان الجحد
يكون متملكا للعين عيني
(قوله ولو جحد بها بان قال
له رجل ما حال وديعة فلان
فقال ليس لفلان عندي
وديعة (قوله خلافا لفرز
وانما ذكر اختلاف زفر وابي
يوسف فحسب وان كان عدم
وجوب الضمان قول العلماء
الثلاثة قيل لان هذا الفصل
غير مذکور في المبسوط وانما
ذكر في اختلاف زفر ويعقوب
فذكر كذلك ع (قوله
او طلبه يعني اذا طلب
المودع الوديعة فكانه عزله
عن المحفظ ولم يوجد الطلب
ههنا ولا ينفرد وهو بالعزل

عند غيره ثم ازال النعدي فردا الى يد زال الضمان وقال الشافعي لا يبرء
عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرء الابالرد
على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت
نقيضه فاذا ارتفع عادمكم العقد كما اذا استأجره للمحفظ شهرا فترك المحفظ
في بعضه ثم محفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها
صاحبها فجدد لها ضمنها) لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن المحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع منه فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرء عن
الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد دفع من جهته والمجود فسخ من جهة
المودع كجعود الوكيل الوكالة وجود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع
اولان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك
عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد
الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحد ها عند غير
صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لفرز لان المجود عند غيره من باب
المحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه
او طلبه فبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرة قال (وللمودع ان يسافر
بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة) عند ابي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا
كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة
اطلاق الامر والمفارقة محل للمحفظ اذا كان الطريق امناء ولهذا يملك الاب
والوصى في مال الصبي ولهما ان يلمزه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر
انه لا يرضى به فيتعبد والشافعي يقيده بالمحفظ المتعارف وهو المحفظ
في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ضرورة
امثال امره فلا يبالى به المعتاد كونهم في المصر لاحفظهم ومن يكون في المفازة
يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم
في مكان العقد (واذا انهاء المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن)
لان التقييد مفيد اذا المحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال (واذا اودع

(قوله وان كان لها حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله نقل
يحتاج في حمله الى ظهور واجرة حمل وهذا اذا كان الطريق امناء بان لا يقصده احد غالبا ولو قصده يمكنه
دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينه المودع عنها ك (قوله والمفازة الخ جواب سؤال مقدر تقريره
ان يقال سلمنا ان اطلاق الامر يقتضى الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس
ملا للمحفظ عيني

(قوله وفي الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على المراد بموضع الخلاف والمورد
بالمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر
عن محمد بن الحنفية فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح متى اذا كانت الوديعة
من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع ع (قوله كما في الدين المشترك اي
يطلب الحاضر في الدين المشترك بان

﴿ ٢٥٤ ﴾

رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما وطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه
حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة وقال يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير
ثلاثة استودعوا رجلا القافغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عند
وقال له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر
لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيومر بالدفع اليه كما في الدين المشترك
وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذ
فكنا يومر هو بالدفع اليه ولا يحنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفروز وحقه في المشاع والمفروز المعين يشتمل على الحقين
ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه
قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الدينون
تقضى بامثالها وقوله ان يأخذ فكلنا ليس من ضرورته ان يجير المودع
على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره
فلغيره ان يأخذ اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال (وان اودع
رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر
ولكنهما يقسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان
يحفظه احدهما باذن الآخر) وهذا عند ابي حنيفة فكذلك الجواب
عنده في المرتهين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقال
لاحد هما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضى بامانتهما فكان
لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كباقي ما لا يقسم وله ان يرضى
بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما ذلك لان الفعل متى اضيف الى ما قبل
الوصف بالتجزى يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من
غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن الغابض لان مودع المودع
عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعها ولا يمكن
الاجتماع عليه آتاء الليل والنهار وامكنتهما المهايأة كان المالك راضيا
بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال (واذا قال صاحب الوديعة

بأعاضة مشتركة اذا حضر
احدهما كان له ان يطلب
المديون كذا هذا عيني
(قوله كان له الخ وهذا
لان يد المودع كيد المودع
ولو كان في يد المودع له ان
يأخذ فكنا اذا كان في يد
تائبه ك (قوله لا يقع دفعه
الخ فانهما قالوا اخذ نصيبه
ثم هلك الباقي في يد المودع
ثم حضر الغائب له ان يشاركه
في المقبوض فثبت ان القسمة
ليست بنافذة ك (قوله
لانه يطالبه اي الشريك
يطالب المديون بقضاء
حقه وحقه من حيث القضاء
ليس بمشترك بينهما لان
الدينون تقضى بامثالها
والمثل مال الدينون ليس
بمشترك بينهما والقضاء
انما يقع بالمقاصة فدفع
المديون نصيب الحاضر يصرف
في ملك نفسه وليس فيه قسمة
على الغائب اما المودع
فيدفع مال الوديعة بعينها
ففي دفع مال الحاضر قسمة
وهو غير مالك لها عيني
(قوله في المرتهين بان
رهن رجل عند رجلين ما
يمكن قسمته فدفع احدهما

الى الآخر ضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما واذا رهن شيئا مما لا يقسم عند رجلين فلكل واحد (المودع)
من المرتهين ان يحفظ الرهن باذن الآخر مل (قوله والوكيلين بالشراء بان وكل رجل رجلين بشراء
شيء فدفع اليهما مالا ما يقسم فدفعه الى الآخر فضاع ضمن النصف عيني (قوله كما في ما لا يقسمهما قلنا
ما يقسم على مالا يقسم والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على امانتهما عيني

(قوله لا يضمن لان هذا الشرط لا يفيد فصار لغوا لانه لم يكن له بد من التسليم اليها) (قوله وهو محمل الخ
 أى فرداية الجامع الصغير بقوله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن محمول رواية القنوري التى ذكرها مطلقا فانه
 لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الدويعة شيئا خفيفا يمكن للمودع استحقاقه واستصحابه بنفسه كالخاتم
 ومجره فدفعه الى عياله ضمن المودع اذا وضع الدويعة فى حانوته فقال له صاحبها لاتضع فى الحانوت فانه مخوف
 فتركها فيه حتى سرق ليلا

٢٥٥

للمودع لاتسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) وفى الجامع الصغير اذا
 انهاء ان يدفعها الى احدهم عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن كما اذا
 كانت الدويعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ
 على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة
 العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيعلو (وان كان له منه بد ضمن)
 لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل
 به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها فى هذا البيت فحفظها
 فى بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين فى دار
 واحدة لا يتفاوتان فى الحرز (وان حفظها فى دار اخرى ضمن) لان
 الدارين تتفاوتان فى الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت
 بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التى فيها البيتان عظمية والبيت
 الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا دويعة
 فأودعها آخر فهل سكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا
 عند ابي حنيفة وقال له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر
 رجوع على الاول) لهما انه قبض المال من يد ضمن فيضمنه كمودع الغاصب
 وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم
 والثاني بالقبض فيغير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني
 لانه ملكه بالضمان فظهر انه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجوع
 على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال
 من يد امين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما
 فاذا فارقه فقد ترك الحفظ المتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر
 على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالرجوع اذا التفت فى حجره
 ثوب غيره قال (ومن كان فى يده الف فادعاه رجلان كل واحد
 منهما انه له او دعها اياه واني ان يعطى لهما فالالف بينهما وعليه
 الف اخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها
 الصديق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويعطى لكل واحد منهما على الانفراد

ان لم يكن له موضع آخر
 امرز من الحانوت لا يضمن
 وان كان له موضع آخر امرز
 من الحانوت فهو ضامن
 اذا كان قادرا على الحمل
 ك (قوله فاعتبر الاصل
 فيه ان الشرط اذا كان
 مفيدا والعمل به ممكنا
 وجب مراعاته والمخالفة
 فيه توجب الضمان وان
 لم يكن مفيدا وكان ولم يمكن
 العمل به كما فيما نحن فيه
 يغلو وعلى هذا اذا نهى
 عن الدفع الى امرأة وله
 امرأة اخرى امينة او عن
 الحفظ فى الدار وله اخرى
 مخالفا فهلك ضمنه (قوله
 لم يضمن وهذا استعسان
 وفى القياس يضمن لان
 البيتين قد يتفاوتان فى
 الحرز بان يكون ظهرا أحدهما
 الى السكة فيتمكن السارق
 من الاخذ منه مالا يتمكن
 من البيت الآخر فيفقد
 الشرط وقد خالفه فيضمن
 ك (قوله لا يتفاوتان
 فى الحرز كما اذا قاله احفظها
 فى هذا الجانب من البيت
 فحفظها فى الجانب الآخر
 قال احفظها فى هذا الصندوق

فحفظها فى صندوق آخر ك (قوله رجوع على الاول لان الآخر مغرور من جهة الاول فانه أودعه على انه
 ملكه وانه لا يلحقه ضمان بالهلاك فى يده فاذا لحقه الضمان يرجع عليه عيني (قوله فلا يضمنه بخلاف مودع
 الغاصب لان الاول بمجرد الدفع متعدي والثاني بالاخذ عيني (قوله صحيحة أى على سبيل الانفراد دون
 الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكما له ك

(قوله ولا يقض بالنكول لان من حجة الآخر ان يقال لو بدت لي بالاستعلاف لكان ينكل ايضا كـ (قول
 انما يصير حجة الخ ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء كـ (قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقض بالالف
 لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما
 فلذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء كـ (قوله وذلك اي الاقرار او البذل حجة في حقه اي في حق
 المودع المنكر مل (قوله وبالصرف

٢٥٦

اليهما اي بصرف المودع الالف
 الى المدعين صار قاضيا
 نصف حق كل واحد منهما
 بنصف حق الآخر فيغرم
 الالف الذي صرف اليهما
 فيصير الفان عيني (قوله
 فاذا نكل الخ ولم يذكر
 انه اذا حلف للثاني ماذا
 حكمه قال اخوه في شرح
 الجامع الصغير فان حلف يقض
 بنكوله للاول ع (قوله
 ووضع المسئلة الخ بان كان
 في يده عبد فادعاه رجلا
 كل واحد ادعاه له واودعه اياه
 عيني (قوله ثم لا يحلف الخ
 اي لا يحلف ذلك المنكر
 للمدعى الثاني بان يقول
 المدعى مخاطبا اليه احلف
 بالله ما هذا العبد لي اي
 لا يحلفه بالاقتصار على لفظ
 العبد ولكن يضم اليه قوله
 ولا قيمته مل (قوله بناء على
 ان الخ فان قلت ما وجه بناء
 المسئلة المتقدمة على المسئلة
 الثانية قلت لان النكول
 اقرار فـ بالاقرار
 بالوديعة ضمن عند محمد
 وكذا بالنكول فيأتي التحليف
 وعند ابي يوسف لا يضمن

لغير المحقين وبايهما يبدء القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو
 تشاحا اقرع بينهما تطيبا لقلبيهما ونفيا للتممة الميل ثم ان حلف لاحدهما
 يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعنى للثاني يقض له
 لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقض بالنكول بخلاف ما اذا
 اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة
 عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل
 للثاني ايضا يقض بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاسنوا ثمهما في
 الحجة اذا اقاما البينة ويغرم الفاخري بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد
 منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف
 حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين
 نكل ذكر الامام البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا
 نكل يقضى بهما بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقضى به اما بنفسه
 او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصائي انه يدفع قضاءه
 للاول ووضع المسئلة في العبد وانما تفن لمصادفة محل الاجتهاد لان من العلماء
 من قال يقض للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا
 العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما هذا عليك
 هذا العبد لا قيمته وهو كذا كذا لا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا
 لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه
 عند محمد خلافا له وهذه فرقة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله اعلم

كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا
 من صفوان (وهي تملك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي يقول هي
 اباحة الانفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب
 المدة ومع الجهالة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيه النهي ولا يملك
 الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينهى عن التملك فان العارية
 من العربية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظ التملك والمنافع

ثم بالاقرار وكذا ههنا بالنكول فلا فائدة في التحليف عيني (قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة (قابلة)
 اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بتكرار المدة ومع الجهالة لا يصح التملك كما في
 اجارة كـ (قوله وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل الاعارة بالنهي ولولا كانت تملك لما بطلت بالنهي
 كالمدة والاجارة كـ (قوله ولا يملك الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تملكه من غيره بعوض
 وبغير عوض كالوهوب له كـ

(قوله دفع الحاجة فان قلت الحاجة تندفع بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير ايضا ك (قوله والجماعة الخ) هذا جواب عن قوله ومع الجمالة لا يصح التملك ووجهه ان الجمالة المانعة هي الجمالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك عيني (قوله والنهي الخ) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تملك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد له ذلك لكونها عقدا ﴿ ٢٥٧ ﴾ غير لازم فكان له الرجوع اى وقت شاء ع (قوله منع

عن التحصيل اى رجوع عن تملك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك يصح ك (قوله لدفع زيادة الضرر اى لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة ما وضعت في الشرع اللازمة وفي ذلك سبب الاسترداد فيتنصرر به المعيرك (قوله واطعمتك الخ) الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك عينه وان اضيف الى ما لا يطعم عنه كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال عيني (قوله ومنعتك الخ) المنفعة تملك غلة الشئ مع بقاء رقبة على ملكه يقال منعتك هذه الجارية وهذا الشجر يراد به تملك الغلة التي تتولد منه منافع (قوله المنفعة مردودة المنفعة نوع من العارية هي ان يعطى الرجل شاة او بقرة او ناقة ليشرب لبنها ثم ترد الشاة او غيرها الى المالك ك (قوله والعارية موداة فيه تعميم بعد تخصيص لما عرفت ان المنفعة عارية

قابلة للملك كالا عيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولقطة الاباحة استعيرت للتمليك كافي الاجارة فانها تنعقد بلقطة الاباحة وهي تملك والجمالة لا تنفض الى المنازعة لعدم لزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض والانتفاع وعند ذلك لا جمالة والنهي منع على التحصيل فلا ينحصل المنافع على ملكه لا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله اعرتك) لانه صريح فيه (واطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه (ومنعتك هذه الثوب) حملتك على هذه الدابة اذ لم يرد به الهبة لانها التملك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوز اقال (واخذ منك هذا العبد) لانه اذن له في استعماله (ودارى لك سكنى) لان معناه سكنها هالك (ودارى لك عمرى سكنى) لانه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير القول لك لانه يحتمل تملك المنافع فجعل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه السلام المنفعة مردودة والعارية موداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حاجتها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية امانة ان هلكت من غير تعدل بضمن) وقال الشافعي بضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا يبنى عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لباحتمال القبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد موداة كمنفعة المستعار فانها على المستعير لا تنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرفت في موضعه قال (وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولا نالو صحته لا يصح الا لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي

خاصة وفيه زيادة بمالغة في ان العارية تستحق الرد ع (قوله لم يتصل به القبض لان المنافع التي لم تحدث لا ينصور فيها القبض عيني (قوله من غير تعد فان كان يتعد كحمل الدابة مالا يحمله مثلها او استعماله استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع ع (قوله مضمون الخ) اى لا يلزم الضمان بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته ك

(قوله بخلاف ما اذا علم اي المستأجر يكونها عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه لانه لم يوجبه الغرور عيني
(قوله اذا كان لا يختلف الخ كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ع) (قوله كالموص له بالخصة اي جارية
ان يعير لتملكه المنفعة ع) (قوله والمنافع الخ جواب عن قول الشافعي والمنافع غير قابلة للملك وتقرر
ان لا نم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة عيني) (قوله دفع الحاجة يعني ان الناس
يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك

يحتاجون الى نفع غيرهم
بذلك الشئ عند كون
الاعارة اباحة لا يقدر
على نفع غيرهم بالعارية
فلا تندفع حاجتهم الاخرى
فضرورة دفع حاجتهم بالكلية
دعت الى اعتبار المنافع
قابلة للملك في العارية كما
في الاجارة نتائج (قوله
الى مثل ذلك بان استعار
دابة ليحمل عليها عشرة اقفة
من هذه الحنطة فعمل عليها
حنطة غيره لاضمان عليه لان
حنطته وحنطة غيره في الضرر
سواء ك (قوله او خير منه
نحو ما اذا شرط حمل الحنطة
فعمل عليه الشعير لان كيل
الشعير اخف وزنا من كيل
الحنطة لانها اصلب
من الشعير ك (قوله
والحنطة مثل الحنطة اشار
بهذا الى عدم اشتراط كون
الحنطة المحمولة حنطة
المستعير او غيره فالحنطة
جنس واحد سواء كانت
للمستعير او غيره عينها
المستعير او لم يعينها عيني
(قوله وله ان يركب الخ

وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسبب الاسترداد الى انقضاء
الاجارة فابطلناه فان آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناول العارية كان
غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه
ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه
وان ضمن المستأجر يرجع على المأجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده
دفع الضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال (وله ان يعيره اذا كان لا يختلف
باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على
ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك
لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت
بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تملك المنافع على ما ذكرنا في ملك الاعارة كالموص
له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة
دفع الحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفع المأجر بالضرر
عن المعير لانه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال رضى الله عنه وهذا
اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة
في الوقت والانتفاع قلل المستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء عملا بلا اطلاق
والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ماسماه عملا
بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة
والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا والثالث ان تكون
مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان
يتعدى ماسماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يعمل ويعير غيره
للعمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب
مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له
ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركب
حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الراكب قال (وعارية الدراهم والدينار

والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تملك المنافع
ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقضى تملك العين ضرورة
وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناها فيثبت اولان من قضية
معناه ان شاعرك ببنفسه وان شاء اركب غيره لانه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب (الاعارة
بنفسه لا يركب غيره ك (قوله لانه انما اطلق الخ يعني لما لم يعين المنتفع يكون تعيين المنتفع مقفورا
اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عين يتعين كما اذا عينه المالك ك (قوله ضمن وهذا اختيار
فخر الاسلام) اما على قول غيره فله ان يركب بعد الراكب ك

(قوله ليعير بها الصواب ليعاثر قال في المغرب وقوله استعار دراهم ليعير بها صنعة اي ليسوى ثم قال الصواب ليعاثر يقال عاثر المكائيل والموازين اذا قايستها وذلك بان يكون الدراهم موزونة بصنعة عمل ولا يوجد تلك الصنعة فاستعار هذه الدراهم ليسوى الميزان بها كـ (قوله اوزين بها الخ بان استعار دراهم كثيرة فوضع على الدكان حتى يظن الناس غنا فيعاملوا معه كفاية) (قوله غير مغرور فان قيل هو مغرور لانه ان لم يرق صريحا لكن وقت دلالة لان ٢٥٩ البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة توقيفا فلنا قد

يبني لمدة قليلة بان يكن شفاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان لبيع كاهو العادة كـ (قوله وضمن المعير الخ يعني ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا القى الى المدة المضروبة فيضمن بالنقض من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين فيرجع بثمانية دنانير كـ (قوله قالوا اذا كان الخ قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق بالخيار في الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يتمكن من القلع والترك اذا لم يتضرر الارض بالقلع اما اذا تضرر الخيار لرب الارض وهو الاظهر) (قوله حتى يحصد

الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بهاميز انا ووزين بها فكان الم فرضا ولا يكون له الا منفعة المسماة فصار كما اذا استعار انية يتحمل بها اسيغا مجلى يتقلده قال (واذا استعار ارضا لبنى فيها او لغرس باز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قاع البناء والغرس) اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكفي تفرعها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغرر غير مغرور بحيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلق الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وينائه ويكونان له الا ان يشأ المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالحيار الى رب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يوجب منه حتى يحصد الزرع وقت اولم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (واجرة العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه) (واجرة العين المستاجرة على المااجر) لان الواجب على المستاجر التمكين والتخليص دون الرد فان منفعة قبضه سالما للموئجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) (واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطيبل ماله كما فهلكت لم يضمن) وهذا استحسن وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ١٤

من الاحصاد يقال احصد الزرع اذا حان حصاده عني (قوله مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا كي لا تفوت منفعة ارضه فانا ولا يفوت زراع الارض ليعتدل النظر من الجانبين كافي الاجارة والزرع لم يدرك بعد فان ثم يترك الارض باجر مراعاة للجانبين كذا هذا كـ (قوله لانه ليس له نهاية معلومة فيكون للضرر الجانبين فيرجع صاحب الاصل كـ

(قوله فالمالك يردّها الخ فيكون مستغنا مؤنة الرد عن المالك لا منعديا ولا يضمن المرء بالاحسان كـ) (وقوله فيه اي قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره عيني) (قوله لا يملك الايداع الخ لانه لما وصفت في يد اجنبي للرد يكون ودیعة فعلم انه لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن كـ) (قوله بملكه اي يملك المستعير الايداع لان الايداع دون الاعارة لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المتافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المتافع

﴿ ٢١٥ ﴾

وجه الاستحسان انه اتى بالنسليم المتعارف لان رد العواري الى دار المالك معتاد كالة البيت ولوردها الى المالك فالمالك يردّها الى الموبط فصحرده (وان استعار عبد افرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولورد المصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرّد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردّها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اردعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرف فاحش لو كانت العارية عقد جوهري لم يردّها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن) والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فسان يحفظها بيده في عياله كما في الواديعة بخلاف الاجير له مياومة لانه ليس في عياله) وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يردّه الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا (وان كان ردها مع اجنبي ضمن) ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ ره وقال بعضهم بملكه لانه دون الاعارة واو لو ائمه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن اعار ارضا بيبضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقال يكتب انك اعرتني) لان لفظة الاعارة موضوعه والكتابة بالموضوع له اولى كافي اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة ينظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانا لا نتعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادو اتعابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك

(قوله وتصح بالايجاب الخ اماركنها فقد اختلف المشائخ فيه قال شيخ الاسلام خوهرزاده) (وقال في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لايهب فوهب ولم يقبل يعنث في بيمينه عندنا وقال صاحب النخبة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة العقد والعقد هو الايجاب والقبول غاية البيان

اولى وبه اخذ الفقيه ابو الميث وعليه الفتوى عيني (قوله واولوا الخ يعني ان المشائخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع او لو ائمه المسئلة وهي قوله وان ردها مع اجنبي ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعير بسبب انقضاء مدة الاستعارة حيث دفع الى آخره بعد فراغه واستعماله ونحن انما قلنا يجوز الايداع للمستعير اذا كان قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية في يده ووديعة وليس للمودع ان يودع غيره فاذا اردعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق لـ) (قوله بانتهاء الخ بان كانت الاعارة مؤقتة ومضى الوقت وبقي في يد المستعير وديعة والمودع لا يملك الايداع فوجب الضمان باعتبار المودع حميديه) (قوله الهبة هي تمليك العين بلا عوض اي بلا شرط عوض لان عدم عوض شرط ليتنقض بالهبة بشرط عوض دور

(قوله وفي اثبات الملك الخ فإنه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعارضات كقوله الزام الخ هذا إنما يتم إذا كان التسليم لازماً للملك وليس كذلك فإن من باع شيئاً بائناً يصير المبيع ملكاً للمشتري ولا يجب التسليم قبل قبض الثمن فيجوز أن لا يجب التسليم ههنا أيضاً لئلا يلزم المتبرع مالم يلتزمه وفائدة نبوت الملك يظهر بعدموت المتبرع بدون ﴿ ٢١١ ﴾ الرجوع اعظمي (قوله بخلاف الوصية الخ لما قاس مالک الهبة على الوصية في أنه لا يشترط في الوصية القبض ويثبت ملك الموصى له في الموصى به بعدموت الموصى إجاب عنه بقوله بخلاف الخ عيني (قوله لان إذا ان الخ عيني أن الوصية تملك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئاً لم يتبرع به ولا ضمان كقوله ومع الوارث الخ جواب سؤال مقدر وهو أن يقال أن عدم اهلية للزوم للموصى بالموت فوارثه يخلف في ملكه فكان ينبغي أن يتوقف ملك الموصى له الى وقت تسليم الوارث الموصى به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك في الوصية ينبغي أن يكون كذلك فأجاب بأن الوارث اجنبي عما صرح فيه الوصية فكيف يصح فيه تسليم الاجنبي فلها لم يوجب تسليم من يصح تسليمه ويثبت الملك للموصى له في الموصى به قبل القبض

وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع وعلى هذا الخلاف الصفة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى الملك لان الجواز بدون ثبوت ولا نه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان إذا ان ثبت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية للزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها (فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز) استحسننا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض) والقياس لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا إنما اثبتنا التسليم طيه الحاقاله بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به بخلاف ما اذا نه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال (وينعقد الهبة بقوله وهبت ونعلت واعطيت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نعلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد (وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذ انوى بالحمل ان الهبة) اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تملك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتملك واما الثالث فللقوله عليه السلام فمن امر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده وكذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الراكب حقيقة فيكون عارية لكنه يمتثل الهبة يقال حمل الأمير فلان على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التملك

فلم يكن التسليم عليه الزاماً على المتبرع ك ﴿ ٢١٤ ﴾ (قوله لما قلنا إشارة الى قريبه وهو قوله فللقوله عليه السلام فمن امر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث (قوله هو الراكب حقيقة فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الراكب وقد سبق في العارية ان قوله حملتك لتملك العين لاننا نقول حقيقة الراكب نظراً الى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك ك

(قوله هبة سكنى الخ نصب الهبة في الموضوعين على الحال او التميز لما في قوله دارى لك من الابهام
(قوله لان العارية ان كان من حقه ان يقول السكنى محكم في تمليك المنفعة فلعله توهم ان الملك
قبله هبة عارية او عارية هبة فعلا بذلك اولان قوله سكنى عارية فنذكر العارية في التعليل
السكنى للدلالة السكنى على العارية كـ) قوله لانه تفسيره اى لان قوله سكنى اسم فجاز ان يكون تفسيره
لاسم آخر فيتغير به اول الكلام كما في

﴿ ٢١٢ ﴾

قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلان ثوبا اى ملكه منه (ولو قال
منعك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل (ولو قال دارى لك هبة
سكنى او سكنى هبة فهى عارية) لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة
تحتملها وتحتمل تمليك العين فيجمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى
سكنى او نعلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية هبة لما قدمناه
(ولو قال هبة تسكنها فهى هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسيره
وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسيره قال (ولا يجوز
الهبة فيما يقسم بالامحورة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائز) وقال
الشافعى يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع
بانواعه وهذا لان المشاع قابل للحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا
لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة
فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في
تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جواز قبض
كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به
ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة
لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع
الفاقد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان
فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه
فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير
منصوص عليه فيه ولو وهبت من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس
الشيوع قال (ومن وهب شقفا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمة
وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لاشيوع قال (ولو وهب دقيقا في حنطة
او دهنًا في سمس فالهبة فاسدة فان طعن وسلمه لم يجوز وكذا
السمن في اللبن) لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه
الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا
فلا ينقذ الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل

الاستثناء والشرط فيكون
عارية عينى (قوله ولا يجوز
الخ معنى قوله لا يجوز الهبة
لا يثبت الملك فيه لامحورة
مقسومة لان الهبة في نفسها
فيما يقسم يقع جائزة ولكن
غير مثبتة للملك قبل تسليمه
مفرز افاته اذا وهب مشاعا
فيما يقسم ثم افرزه وسلمه
صححت ووقعت مثبتة للملك
فعلم بهذا ان هبة المشاع
فيما يقسم وقعت جائزة في
نفسها لكن توقفت اثباتها
الملك على الافراز والتسليم
والعقد المتوقف ثبوت حكمه
لا يوصى بعدم الجواز
كالبيع بشرط الخيار
(قوله فيما يقسم فعنى بما
لا يحتمل القسمة مالا يبقى
منتفعا بعد القسمة اصلا
كعبد واحد وادبة واحدة
او لا يبقى منتفعا بعد القسمة
من جنس الانتفاع الندى
ان قبل القسمة كالبيت
الصغير والحمام الصغير
والرحى ونعنى بالمقسوم ان
يبقى منتفعا قبل القسمة وبعد
ها كفى (قوله الزامه الخ
وتجوز ذلك لا يجوز لزيادة

الضرر) قوله امتنع جوازه الظاهر ان المراد بالجواز النفاذ والافال هبة قبل القبض ليست (للتملك)
باطلة وامتنع الجواز بوجوب بطلانها اعظمى (قوله والمهاياة الخ اى فان قيل لزمه المهاياة فيما لا يحتمل
القسمة وفي ايجابها الزام الم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب عنه
بقوله والمهاياة الخ ع

(قوله وان لم يجد فيه الخ والاصل انه متى تجانس القبض ناب احدهما عن الآخر واذا تغير اناب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بيانه ان الشئ اذا كان مقصوبا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جائزا لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذكل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه ايضا لا يحتاج الى قبض آخر لتكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشئ ودیعة في يد او عارية فوهبه مالكة

٢١٣

من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت ودیعة عنده او عارية فباعه منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان ك (قوله) فينوب عنه اي ينوب قبض الامانة عن غير المضمون وهو الهبة عيني (قوله لان) يده كيد اي لان يد المودع يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كان يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فباعبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع مادام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التملك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه فان قبل ينبغي ان لا يتم الهبة اذا كان في يد مودعه لا شتر اكمال في القبض

للتملك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والنمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال يمنع القبض كالشائع قال (واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيه قبضا) لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيد بخلاف ما اذا كان مرهونا او مقصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله (وان وهب له اجنبى هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائرين النافع والضائر فالولى ان يملك النافع (وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب او جد اليتيم او وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجره فقبضها له جاز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابها لانه لا يبقى الا بالمسال فلا بد من ولاية تعصيل (وكذا اذا كان في حجر اجنبى يربيه) لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبى آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغير يجوز قبض زوجها الما بعد الزفاف لتفويض الاب امرها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد دار اجاز) لانها سلمها جملتها وهو قد قبضها جملتها فلا شيوخ (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند

وكون هذا القبض حكما وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كافى لان تمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فان قبض في ضمن الكل والضمنى كان لم يكن ك (قوله بخلاف ما اذا كان مرهونا الخ يعنى اذا كان مال الاب مقصوبا او كذا لم يتم الهبة بالعقد لانه في يد غيره في الرهن والغصب او في ملك غيره في البيع الفاسد ك

(قوله كما اذارهن الخ فانه يجوز فالهبة اولى لان تأثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يعتمل القسمة دون الهبة عيني (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يجمع القبض على سبيل الكمال وهذا الاستدلال من جانب الملك ع (قوله وعلى هذا الاعتبار اى على الاعتبار المذكور وهو ثبوت الشيوع في التملك مشاعا يتحقق الشيوع فتفسد الهبة عيني (قوله

﴿ ٢١٤ ﴾

وفي الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عند الامام 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 وقال وكذلك الصدقة ع (قوله جعل كل واحد منهما الخ الحاصل ان ابا حنيفة جعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا صادفت الفقير والصدقة مجازا عن الهبة اذا صادفت الغنى لوجود المجوز اذ كل منهما تملك الغير بغير بدل (قوله وفرق بين الهبة والصدقة حيث جوز الصدقة على الفقيرين الاثنين ولم يجوز الهبة على الغنيين الاثنين مل (قوله هبة المراد

ابي حنيفة وقال يصح (لان هذه هبة الجملة منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذارهن من رجلين دار اوله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد اذ لا تضاييف منهما كملافيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن (وفي الجامع الصغير اذ اتصفت على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجوز وقال يجوز للغنيين ايضا (جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلحية ثابتة لان كل واحد منهما تملك بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقل هذا هو الصحيح والمراد بالملك كور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثها لم يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض بظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذارهن من رجلين ونص على الابعاض

﴿ باب الرجوع في الهبة ﴾

قال (واذا وهب هبة لاجنبى فله الرجوع فيها) وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التملك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثبت منها اى لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد

بالهبة الموهوب لان الرجوع انما يكون في حق الاعيان لا في حق الاقوال ن (قوله لاجنبى (يقبله) المراد بالاجنبى من لم يكن دارحم محررم منه فخرج منه من كان دارحم ولم يكن محرما كبنى الاعمام والاخوان ومن كان محرما وليس بنى رحم كالاخ الرضاعى ع (قوله فله الرجوع فيما اى بالتراضى او بقضاء الغاضى اذ لم يقترن بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده اغنى عن ذكر القيود ك

(قوله بماردى اراد به الحديث الذى اخرج به الشافعى عيني) قوله نفى استبعاد الخ اى عدم استقلال واهب
بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضاء عيني
(قوله يسمى رجوعا اى باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم) قوله وهذا الاستقباح اى هذا التشبيه
فى معنى الاستقباح والاستغفار لافى حرمة الرجوع كما زعم الشافعى الا ترى انه قال فى رواية كالكلب تقى ثم
يعود فى قيمته وفعل الكلب يوصف (٢١٥) بالقيح لابل الحرمة به تقول انه مستقبح ك (قوله موانع منها

هلاك الموهوب ومنها المحرمية
بالرحم مل (قوله اوبزيد
زيادة الخ المراد بالزيادة
المتصلة هو الزيادة فى نفس
الموهوب بشىء يدور
زيادة فى القيمة مل (قوله
زيادة متصلة ولو كانت
الزيادة منفصلة بان كانت
الهبة امه فولدت عند
الموهوب له من زوج او فجور
فللواهب ان يرجع فيها دون
الولد لان الرجوع فى الاصل
دون الزيادة ممكن وان كانت
الزيادة من سعر فله ان
يرجع لان زيادة السعر
ليست بزيادة فى عين
الموهوب وانما هى زيادة
رقبة الناس فيه والعين بحالها
كما كانت فلا يمنع الرجوع ك
(قوله اذهوما اوجه اى ما
اوجب الملك للموهوب فلا
يكون له حق الرجوع بالنص
لانه اوجب الرجوع للواهب
وهو ليس بواهب عيني
(قوله خن هذا عوضا الخ
وصورة التعويض ان يذكر
لفظا يعلم الواهب انه عوض
هبة بان يقول الموهوب له
هذا عوض هبتك اوجزاء
هبتك او ثواب هبتك

بقوله والمراد بماردى نفى استبعاد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة
وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة
فلازمة لقوله عليه السلام العائد فى هبته كالعائد فى قيمته وهذا الاستقباح ثم
للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (الا ان يعرضه عنها) لحصول المقصود (اوبزيد
زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع
الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (اوبموت احد المتعاقدين) لان
بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حيوته
واذا مات الواهب فوارثه اجنبى عن العقد اذهوما اوجه (اوبخرج الهبة
عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد
سببه قال (فان وهب لافراضا بيبض فانبت فى ناحية منها نخلا اوبنى بيما
اودكانا اوريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع فى شىء منها) لان
هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة لان السكان قديكون
صغيرا حقيرا لا بعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة
فى قطعة منها فلا يمنع الرجوع فى غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع
فى الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع فى نصفها)
لان له ان يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الاولى (وان وهب هبة لنى
رحم محرم منه فلا يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لنى رحم
محرم منه لم يرجع فيها ولا المقصود) فيها صلة الرحم وقد حصل (وكنك ما وهب
احد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر
الى هذا المقصود وقت العقد متى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع
فيها ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له
للوهاب خن هذا عوضا عن هبتك اوبدلا عنها او فى مقابلتها فقبضه
الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدى معنى
واحد (وان عوضه اجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض
بطل الرجوع) لان العوض لا سقاط الحق فيصير من الاجنبى كبدل
المخلص والصلح (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه

اوبدل هبتك اما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع
فى هبته وفى المبسوط وسواء كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها لان هذه
ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا وانما تاثير العوض فى قطع الحق فى الرجوع لتحصيل المقصود
ويشترط شرائط الهبة فى العوض من القبض والافراز لانه تبرع ك

(قوله يرجع بالنصف أى بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر والموهوب فانه لو استحق نصف
يرجع بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر كما فى بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق
نصف احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله كـ (قوله ان يصلح عوضا العوض
يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصح ان يكون عوضا عنه فى البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء
(قوله ظهر انه لا عوض الخ عوض

٢١٦

بان اجزاء العوض تنقسم
على اجزاء الموهوب فاذا كان
الكل فى الابتداء عوضا
عن الكل كان النصف فى
مقابلة النصف فكانه عوض
من النصف ابتداء واجيب
بان ذلك فى المبادلات
تحقيقا للمبادلة والمقابلة وما
نعم فيه ليس كذلك
فليس له الرجوع فى شىء
من الهبة مع سلامة جزء من
الهبة ع (قوله الا انه
يتغير أى بين ان يرد ما
بقى من العوض ويرجع فى
الهبة وبين ان يمسكه ولا
يرجع بشىء ع (قوله
او بعكم الحاكم اراد ان
الواهب يرفع امره الى
الحاكم ليحكم على الموهوب
له بالرد اليه حتى لو استردها
بغير قضاء ولا رضا كان
غاصبا فلو هلك يده بضم
قيمنه للموهوب له عينى
(قوله وفى اصله وهاء أى
فى اصل الرجوع ضعف لانه
ثبت بخلاف القياس لكونه
تصرفا فى ملك غيره ع (قوله
وهاء فى المغرب السواء

لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العرض لم يرجع فى الهبة الا ان
يرد ما بقى ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولما
انه يصلح عوضا للملك من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو
انه يتغير لانهما اسقط حقه فى الرجوع الا ليس له كل العوض فلم يسلم له فله ان
يرده قال (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب فى النصف
الذى لم يعرض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا
بتراضيهما او بحكم الحاكم) لانه مختلف بين العلماء وفى اصله وهاء وفى
مصول القصد وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى
لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء فنقل ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام
ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون
وهنا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراض
يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح فى الشافعى لان
العقد وقع جائزا وموجب الفسخ من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له
فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك فى وصف
السلامة لا فى الفسخ فافترقا قال (اذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق
ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشىء) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه
السلامة وهو غير عامل له والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لاني
ضمن غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التناقص فى
العوضين ويبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار
فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء
وقال زفر والشافعى هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك
بعوض والعبرة فى العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه
اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما يمكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة
من مكنها تأخر الملك الى القبض وقد يتراضى عن البيع الفاسد والبيع
من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا
بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه انه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو

بالم خطأ وانما هو الرهن مصدر وهى يهن وهى اذا ضعف كـ (قوله خفاء لان مقصوده (لا يصلح)
منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض فلم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل لان الرجوع فسخ
العقد فلا يصح الايمن له ولا يسه عامة وهو القاضى او منهما لولايتهم ساعلى انفسهما كالرد بالعيب
بعد القبض كـ

(قوله فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة نتائج (قوله الا في محل الخ يعني كل ما يصح افراده بالعقد يصح استثنائه لان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه وحكم المستثنى منه صحة افراده بالعقد ولو جاز الاستثناء في شئ لا يصح العقد فيه لما كان المستثنى من جنس المستثنى منه لان الوصف ليس من جنس العين فلا يتناول صدر الكلام

﴿ ٢١٧ ﴾

فاذا لم يتناول لا يصح الاستثناء

حده فيه (قوله لكونه)

اي لكون العمل وصفها

وتابعها لها كاطرافها من

اليدين والرجل مل (قوله

فلم يكن شبهه الخ

بسل كان فيه اختلاط

الموهوب بغير الموهوب

وهو عين المشاع فلا يجوز

الهبة اصلا لافي الام ولا في

الجنسين (قوله فبقى

هبة الخ فان قيل هب

انها هبة مشاع لكنها

فيها لا يجتمع القسم وهي

جائزة فالجواب ان غرضية

الانفاصل في ثاني الحال ثابتة

لامعالة فانزل منفصلا في الحال

فكان المصنف لما استشعر

على هذا السؤال اردفه

بقوله او هبة شئ الخ عيني

(قوله هو مشغول الخ كما اذا

وهب الجواني وفيه طعام

الواهب فانه لا يصح مل

(قوله تغالف مقتضى العقد

لان مقتضاه ثبوت الملك

مطلقا بلا توقيت فاذا شرط

عليه الرد والعناق او غير

ذلك تقيد بها (قوله

ومعنى الربوا لانه لما قبل

لا يصلح ما كان لنفسه فصل قال (ومن وهب جارية لاحملها صحت الهبة

وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة

لا تعمل في العمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا

فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع

والصلح عن دم العمل لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع

والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها وهبها جاز

لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها

وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبهه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة

فيه لما كان التدبير بقي هبة المشاع او هبة شئ هو مشغول بملك المالك (فان وهبها له

على ان يرد ها عليه او على ان يعتقها او يتخذها م ولما وهب له دارا او صق

عليه يد ار على ان يرد عليه شيئا امنها او يعوضه شيئا امنها فاهبة جائزة والشرط

باطل) لان هذه الشروط تغالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها

الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمري وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه

عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل

في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن كان له على اخر ائ درهم فقال اذا جاء

غدا فهي لك وانت بريئ منها او قال اذا ادبت الى المتصف فلك النصف او انت

بري من النصف الباقي فهو باطل) لان الابرأ تمليك من وجه اسقاط من وجه

وهبة الدين من عليه ابرأ وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان

تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد

ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يعمل

بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها قال (والعمري جائزة لانه لم ير له حال حيوة

ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه ان يجعل داره مدة عمره واذا مات ترد عليه

فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط

الفاسدة (والرقبي باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة

لان قوله دارى لك تمليك) وقوله رقبى شرط فاسد كالعمري ولهما انه

البيع بالثمن خلا الشرط عن العوض وفيه منفعة لاحدهما او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق وذلك

ليس الاربوا مل (قوله ابرأ) فان قيل قولهم هبة الدين من عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين

الصرف والسلم فان رب الدين حيث انه يوجب انفساخ العقد لفوات القبض المستحق بعقد الصرف

وامد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول

(قوله فصل في الصدقة) لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها بفصل (قوله) وقد حصل فصارت كهبه عوض عنها وفيه تعامل فان حصل الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب (قوله) وكذلك اذا تصدق الغني اي لارجوع في الصدقة على الغني ايضا كما لارجوع في الصدقة على الفقير ومن

❦ ٢١٨ ❦

اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المقصود الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة ولكننا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال التملك كـ

(قوله كتاب الاجارات لما فرغ في بيان احكام تملك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تملك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انها يقعان لازمين فلذلك اورد

❦ كتاب الاجارات ❦

عليه السلام اجاز العبري ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندها ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندها لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به (فصل في الصدقة) قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يعنمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولارجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسننا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال (ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق بماله لزمه ان يتصدق بالجميع) ويرى انه الاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقول له امسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما انفق) وقد ذكرناه من قبل

(الاجارة عقد على المنافع بعوض) لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس بآبي جواز لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وضافة التملك الى ما سيوجد لا يصح الا اذا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثار وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وينعق ساعة فساعة على حسب حديث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الاجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدلته تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثل في البيع (وما جاز ان يكون ثمن في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ولا يصلح ثمن ايجرة ايضا كالايمان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة

كتاب الاجارات متصلة بفصل الصدقة وانما جمعها اشارة الى ان لها انواعا مختلفة (بالمدة) نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطة ونوع تصير لمنفعة معلومة فيه بالتعين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم نت (قوله) لانه عوض مالي اي لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فصح ان تكون اجرة نتائج

(قوله طالت المدة أو قصرت إذا كانت بحيث يعيش اليها المتعاقدان وأما إذا كانت بحيث لا يعيش اليها المتعاقدان فمنعه بعضهم لأن الظاهر في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة والظاهر مثل اليقين في حق الأحكام صارت الاجارة مؤبدية معنى والتأبيد يبطلها وجوز آخرون ومنهم الخصافي لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام التعاقدين فإنه يقتضى التوقيت ولا معتبر بموت التعاقدين أو أحدهما قبل انقضاء المدة لأنه قد يستحق في مدة يعيش اليها الانسان ﴿ ٢١٩ ﴾ غالباً ولم يعتبر (قوله عسى كلمة عسى ههنا وقع مجرداً عن الاسم والخبر تقديره

عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يقع وأهل العربية يابون ذلك عيني (قوله لا يجوز الاجارة الخ هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يواجر أكثر من سنة وأما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك فإن كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها ع (قوله وهو المختار أي المختار في المنهـب أن لا يزيد على ثلث سنين وهو اختيار مشايخ بلخ وقال

غيرهم يجوز وفي شرح حيل الخصافي الحيلة بجواز الاجارة على الاوقاف أن يعقد عقداً منفردة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقوداً كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازماً والثاني غير لازم لأنه مضاف كذا في النخيرة كـ

بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لتكونها معلومة ولتتفق الحاجة اليها عسى الآن في الاوقات لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يسعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كن استأجر رجلاً على صبيغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدار معلوماً أو يركبها مسافة سماها) لأنه إذا بين الثوب والصبيغ وقدره وجنس الخيطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وبما يقال الاجارة قد يكون عقد على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقد على المنفعة كما في اجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلاً ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

(قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي تمليك بنفس العقد لأن المنافع المعلومـة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابل من البذل ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتتحقق التسوية وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل لأن المساواة يثبت محسالة وقد ابطله (واذ قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه إذا التمكن من الانتفاع

(قوله فعليه الاجر يعني إذا تمكن من الاستيفاء في المدة وهذا إذا كانت الاجارة صحيحة أما في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في محله حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة وقبضها وامسكها ببغداد حتى مضت مدة مكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا اجر عليه وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة كـ

(قوله وكذلك اجارة الاراضى يعنى اذا آجر الارض له ان يطالب المستأجر باجرة كل يوم لانه منقصة مقصودة الا اذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه الا في ذلك الوقت لانه بمنزلة التأجيل عينى (قوله لان العمل فى البعض الحين هذا يشير الى انه اذا كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطالب اجرة لانه منقصة عينى (قوله لا يستوجب هذا وقع مخالفا لعامة رايات الكتب من المبسوط والخيرة والمعنى وشيخ الجامع الصغير لغفر الاسلام قاضى خان والنمر تاشى والفوائد ٢٢٥) الظهيرية فانه ذكر في المبسوط فى باب من استأجر

اجير اليعمل له فى بيته وقال او استأجر خياطاً ليحيط له فى بيت المستأجر قميصاً وغطاء بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاطه فان كل جزء من العمل يصير مسلماً الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام قاضى خان وكذا لو استأجر خياطاً ليحيط له فى منزله كما يعمل عملاً يستحق الاجر بقدره ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيجزم ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل السكروانى (قوله فلا اجره وفى المبسوط وهو ضامن لان هذا جنابة عينى (قوله ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند ابى حنيفة فلانه لم يهلك بصنعه واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وذكر القدورى فى شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين فى يده امانة عند مضمونه عندهما فلا يبرء الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرء عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع فى بيته وقال القدورى لا ضمان عليه فى الخطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان عليه لا قيمة كذا فى الزخيرة ك

(قدم)
عند التسليم دون الوضع فى بيته وقال القدورى لا ضمان عليه فى الخطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان عليه لا قيمة كذا فى الزخيرة ك

(قوله له ان يحبس) الخ اما القصار فان كان يقصّر بالشاستج او ببياض البيض فله حق الحبس لانه اتصل
بالثوب مال قائم كما في الصبغ فاما اذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس لان البياض
الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلًا ولكن استنبر بالدرن والوسخ فزال
ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالحالك باستناره
بالاوساخ فيقع العمل احداثًا

﴿ ٢٢١ ﴾

قد تم بالاقامة والتشريح عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل
التشريح بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر و
خلاف الحيز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله اثر في

العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر
لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس الاستيفاء
البديل كما في المبيع ولو حبس فضاع في يده لا ضمان عليه عند أبي
حنيفة لانه غير منعقد في الحبس فبقى امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك
المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول
ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولًا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى
قال (وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين فلا لاجر

لالمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور
حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق
حيث يكون للرادق حبسه لاستيفاء المجل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف
الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا منه
علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم
باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمجل ضرورة
اقامة تسليم العمل فلم يكن هورا ضيابه من حيث انه تسليم فلا يستقطف الحبس
كما اذا قبض المشتري بغير رضاه البائع قال (واذا شرط على الصانع ان يعمل
بنفسه فليس له ان يستعمل غيره) لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه

فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمل له)
لان المستحق عمل في ذاته ويمكن ايقاضه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايقاض الدين

(فصل) (ومن استاجر رجلا لينهب الى البصرة فيجىء به عياله فذهب فوجد
بعضهم قد مات فجاء به من بقي فله الاجر بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه
فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استاجره لينهب

صار قابضًا كـ) (قوله) واذا شرط الخ صورة ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استأجرتك
لتعيط هذا الثوب بنفسك او بيدك كـ) (قوله) فليس له الخ فيه تأمل لانه ان خالفه الى غير بان استعمل
من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى عن ذلك كان ينبغي ان يجوز (قوله) في محل بعينه
اردبالمجل نفس الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غير فلا يجوز ان يستعمل
غيره عيني

لصقة لبياض من حيث المعنى
فيكون له حق الحبس كما
في الخياطة (قوله) كما في المبيع
حيث يجوز للبائع حبسه عن
المشتري حتى يقبض الثمن
عيني (قوله) وهذا بخلاف
الخ جواب عما يقال الآبق
اذا رده انسان كان له حق
الحبس وان لم يكن لعمله
اثر قائم في العين عيني
(قوله) وقد احياه والا حياء
الذي يتصور من العباد
تخليص من اشرف على
الهلاك اذ الاحياء الحقيقية
من خواص الالهية كـ) (قوله)
في الوجهين اي سواء كان
لعمله اثر او لم يكن لان
المبيع وقع في يد المشتري
برضاء البائع قبل نقد الثمن
فيبطل حقه في الحبس كما اذا
عمل في بيت صاحب الثوب
وهذا لان المبيع هنا ما اثر
عمل في العين كما في الخياطة
او مال قائم اتصل بالثوب
كالصبغ وقد وقع في يد المشتري
اي صاحب الثوب برضاء
البائع وهو كمن استقرض
من آخر كر حنطة وامر
بالقائها في ارضه بنرا ففعل

ان يقول استأجرتك
لأنه ان خالفه الى غير بان استعمل
من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى عن ذلك كان ينبغي ان يجوز (قوله) في محل بعينه
اردبالمجل نفس الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غير فلا يجوز ان يستعمل
غيره عيني

(قوله له الاجر في الذهاب كما لو لم يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه او ولاة
الا انه لم يبلغه الرسالة ورجع له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد قبيد بالذهب
بالكتاب ليشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة وقيد المحرم
بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المحرم بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا كان ميتا او غائبا فانه يستحق
الاجر كاملا (قوله او وسيلة اليه) ٢٢٢ اي وسيلة الى المقصود لان اعلام ما فيه لا يتصور الا بغير

بكتابه الى فلان بالبصرة ويحىء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده
فلا اجر له) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب
لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل
به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لحفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب
لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة
التي تلى هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق

الاجر بالذهب) بالاجماع لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره لينذهب
بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له) في قوله
جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة
الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على مامر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

(قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)
لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصع
العقد (وله ان يعمل كل شيء) للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طعانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فينتقيد العقد بموارثها
دلالة (قال ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانه منفعة مقصودة معروفة فيها

(ولله استأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد
للانتفاع ولا انتفاع في الحال الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان
المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش
والارض السبخة دون الاجارة فلا بدخلان فيه من غير ذكر الحقوق
وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها
قد تستأجر لزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا
يقع المنازعة (او يقول ان يزرع على فيها ما شاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت
الجهالة المفضية الى المنازعة (ويجوز ان يستأجر الساحة ليبنى فيها وليغرس
فيها نخلا وشجرا) لانها منفعة تقص بالاراضى (ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان

الكتاب) قوله كافي الطعام
اي كما يسقط الاجرة فيما اذا
استأجر لينذهب بطعام الى
فلان بالبصرة فذهب به ووجد
ميتا فرده فسانه لاجر له
بالانفاق كما يحىء عيني
(قوله لان الحمل لم ينتقض
لان ترك الكتاب ثمه مفيد
لانه ربما يصل الى ورثته
فينتفعون به عيني) قوله
باب ما يجوز الخ لما فرغ
من ذكر الاجارة وشرطها
ووقت استحقاق الاجرة ذكر
هنا ما يجوز من الاجارة
بإطلاق اللفظ وتقييده
وذكر ايضا من الافعال ما
يعتد خلافا من الاجير للموثر
وما لا يعتد خلافا لتأجير (قوله
للسكنى قال تاج الشريعة
للسكنى صلة الدور
والحوانيت لاصلة الاستئجار
يعنى ويجوز استئجار الدور
والحوانيت المعدة للسكنى لا
ان يقول زمان العقد استأجرت
هذه الدار للسكنى فانه
لونص هكذا وقت العقد
لا يكون له ان يعمل فيها غير
السكنى صورة المسئلة ما قال
استأجرت هذه الدار بكذا
شيئا ولم يبين شيئا يعمل فيها

السكنى او غيره عيني (قوله وانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد (يقال)
يتفاوت السكنى بتفاوت السكان فلا بد من بيانه عيني) قوله كل شيء اي مما لا يضر بالبناء وذلك نحو الوضوء وغسل
الثوب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك (قوله قصر الثياب ان يجمعها القصار فيغسلها (مغرب) في المغرب
الشرب بالكسر النصيب من الماء وفي الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراعة والدواب منافع

(قوله) وبسملها اى يسلم الارض الى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغرس عيني (قوله) فاعلم رعاية الجانبين اى رعاية جانب صاحب الارض باجر المثل وجانب صاحب الزرع بالترك عيني (قوله) الا ان يختار الخ يعنى عندهمضى المدة يجب عليه قلع البناء والغرس الا ان يغرم له الموجد قيمة البناء والغرس مقلوعاً تبين (قوله) صاحب ٢٢٣ ✽ الغرس الغرس اعم من الشجر فان الشجر اسم لماله ساق والغرس يتناول لماله

(قوله بالفروسية اراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على ظهر الدابة وكيف يضم فخذيه وكيف يحيط رجله وكيف يمسك اللجام والحطام عيني (قوله كعدد الجنة فانه اذا جرح رجل رجلا مراما واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فمات فالدابة بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر ثلثها من عشر جراحات ع) (قوله لخروجه عن العادة كما اذا كانت الزيادة عن خلاف جنس السما كن استاجرها ليجعل عليها خمسة افقرة من شعير فعملها مثل كيله ٢٢٤ حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعل الاذن بخلاف ما اذا كانت مثل جنسه لانه مأذون في مقدار المسماة وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بها الاستاجر ثورا ليطحن به عشرة محاتيم حنطة فطحن احد عشر محنوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فيعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن بالجميع ع (قوله مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وربما لا يتقاد الدابة الابنه فيكون الاذن ثابتا منه بالعرف ك (قوله الى الحيرة بالكسر مدبنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع والقادسية موضع بيتيه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كندا في المغرب ع (قوله وهذا اولى لانه لما

ركوب الثقيل لعلنه بالفروسية ولان الاذى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنة في الجنابات (وان استاجرها ليجعل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الاذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فعين ثلثيها ضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها اصل لخروجه عن العادة قال (وان كبيع الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فساكن حاصلا باذنه فلا يضمنه ولا ابى حنيفة ره ان الاذن مقيّد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونها وهما للمبالغة فيقيّد بوصف السلامة كالمردور في الطريق (وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استاجرها اذا هب لاجايبا لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها اذا هب واجايبا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لابل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالمحفظ مقصودا فبقى الامر بالمحفظ بعد العود الى الوفاق فعصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير المحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هونا ثابلا يبرأ بالعود وهذا اصح قال (ومن اكثرى همارا بسرج فنزع ذلك السرج اسرجه بسرج يمثله المحرم فلا ضمان عليه) لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذا لفائدة في التقيد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فعينه يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج يمثله المحرم يضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان اوكفه بأكثرى يوكف يمثله المحرم يضمن) لما قلنا في السرج وهذا اولى (وان اوكفه بأكثرى يوكف يمثله المحرم يضمن عند ابى حنيفة وقالا يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف يمثله المحرم كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض

بالزيادة ضمن بالسرج الاخر مع انه من جنسه فالضمان بالاكثرى مع انه من خلاف جنسه اولى ك (قوله وقالا يضمن بحسابه تكلموا في معنى هذا فقل المراد المساحسة حتى لو كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شهرين والاكثرى قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها وقيل بحسابه في الثقل والخفة حتى لو كان وزن السرج منورين والاكثرى ستة امدا يضمن ثلثي قيمتها عيني

(قوله) لانه للحمل الخ اشارة الى المخالفة المعنوية (قوله) وكذا ينسبط الخ اشارة الى المخالفة الصورية فنحقت
المخالفة صورة ومعنى فيضمن كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى اما صورة فظاهر
واما معنى فلان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون اشق كذا ههنا ايضا ك (قوله) كما اذا حمل الحديد
الخ فيه نظر لانه عكس مانحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانسباط وعدمه ع
(قوله) وان بلغ بالشديد اى ٢٢٥ فان بلغ الحمل المتاع ذلك الموضوع الذى اشترط ان يعمل اليه عيني

(قوله) اما اذا كانت تفاوت

اي بين الطريقتين بان
كان الطريق الذى اخذ
فيه بالسلوك اوعرا وابتعد
او اخفى فهلك المتاع بضمن

ك (قوله) فانه تقيد مفيد
لانه انما قيد ليحفظ متاعه
فاذا خالفه صار متعديا
فيضمن وان بلغ المكان
فله الاجر لحصول المقصود عيني

(قوله) الا ان الخ جواب اشكال

يرد على التفصيل تقريره
ان يقال ان محمدا اطلق
الرواية بانه لا ضمان عليه
فيما اذا اخفى الطريق
الذى يسلكه الناس ولم

يقيد بهذا التفصيل عيني

(قوله) فلم يفصله اى لم

يفصل محمد الطريق مخوف

او غير مخوف بل قال

طريق يسلكه الناس

حميديه (قوله) لانه ارتفع

الخ ان ارتفع مخالفة المستأجر

من حيث المبنى لحصول

غرض المستأجر وان بقي

الهلاك من حيث الصورة

لانه سلك غير ما عينه عيني

(قوله) اضر بالارض فالحنطة

يزرع في كل سنة والروطة

لاتزرع في كل سنة ولسكنها

بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يحنطة
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه لحمل والسرج المركوب وكذا
ينسبط على ظهر الدابة ما لا ينسبط عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل
الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق

كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان
بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت لان عند ذلك
التقيد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقيد فان التقيد
مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم
يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقيد

فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة

(وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت

بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف

معنى (ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن مانقصها)

لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها

فكان خلافا الى شر فيضمن مانقصها (ولا اجر له) لانه غاصب للارض على

ما قررنا (ومن دفع الى غياط ثوبا ليخيطه قميصا بذرهم فخطاه قباء فان شاء

ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء اعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما)

قبل معناه القروطى الذى هو ذوطاق واحدا لانه يستعمل استعمال القميص

وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتفاوتان في المنفعة وعن ابي حنيفة انه

يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر

انه قميص من وجه لانه يشتمل وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص

لا يشتمل وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل

الى اى الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز

به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه

في باب ان شاء الله تعالى ولو خطاه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير

خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة

وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوز افانه يخير كذا هذا

تتم اى كل سنة الى ان يبلى اصلها (جلد الثاني) (الهداية مع السكفاه) ١٥

فكان الجنس مختلفا مع اختلاف

الجنس لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ك (قوله) الى شردان زرع في الارض ما هو اقل ضررا

من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى غير فلم يصربه غاصبا ك (قوله) ولا اجر له لان الاجر الضمان

لا يجتمعان اذا اجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزم التعدي وتنافي اللوارم يدل على تنافي الملزومات ع

(قوله باب الاجارة الفاسدة تأخير الاجارة الفاسدة من صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى
نتائج (قوله لنفسها الشروط مثل ان يستأجر رضى ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه لان هذا
الشرط مخالف لموجب العقد فوجب العقدان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط
يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تثبت على المضائق والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع
لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة الا ترى ان النكاح لما بنى ﴿ ٢٢٦ ﴾ على المسامحة والمساهلة لا يغسل
بالشرط (قوله والواجب

باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلة الا ترى
انه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى)
وقال زفر والشافعي يجب بالغام بالغ اعتبارا ببيع الاعيان ولما ان المنافع
لا تنقسم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكفي بالضرورة في الصحيح منها الا
ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على
مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة
المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسها وهي الموجب
الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استاجر دارا كل شهر
بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمى جملة
الشهور معلومة جاز) لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف
الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد
فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان يقض الاجارة لانتهاء العقد
الصحيح فلو سمي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال
(فان سكن ساعة من اشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمواجر ان يخرج به الى ان
ينقض وكذلك كل شهر سكن في اوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيها بالسكنى
في الشهر الثاني الا ان النسي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه
بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى
من الشهر الثاني ويومها لان اعتبار الاول بعض الحرج (وان استاجر دارا
سنة بعشرة دارهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة
معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط
كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت
الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه
اليومين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحمل له (ثم ان كان العقد
حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانهاى الاصل (وان كان

الخ المعنى ان الواجب في
الاجارة الفاسدة اجر المثل
لا يجاوز به المسمى اذا كان
هناك مسمى معلوم لان
مجاوزه المسمى انما يتصور
فيه اما اذا لم يكن هناك
اجر مسمى او كان المسمى
مجهولا لا يمكن ان يجاوز
المسمى بشئ اصل للقطع
بان المجاوزة تقتضى الحد
المعلوم فيلغوا بقول هناك
لا يجاوز المسمى باجر المثل
فصار لمخصص المعنى ان
الواجب في الاجارة الفاسدة
اجر المثل الا ان يكون هناك
مسمى معلوم فصح لا يجاوز به
المسمى بل يجب الاقل منهما
فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة
مطلقا وهو وجوب اجر المثل
بالغام بالغ ان لم يكن هناك
مسمى معلوم ووجوب الاقل من
اجر المثل ومن المسمى ان كان
هناك مسمى معلوم نتائج
(قوله اعتبارا ببيع الاعيان
لان البيع اذا فسد وجبت
القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء
على ان المنافع عند الاعيان ع
(قوله ولما ان الخ اى لتان
تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورة تنفذ بالصحة فيكتفى بما هو
كما ترى يقتضى عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة يقع تبعا للصحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحة
عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضى لزوم الاجر بالغام بالغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في العقد الفاسد سقطت
الزيادة وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغام بالغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على
اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى ع

(قوله الاول بالايام فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام ويكمل مابقى من الشهر الاول من الاخير)
ع (قوله انه منى الخاى لمانع من اعتبار الشهر الاولى تغذر الثاني ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب
تكميله بمايليه والالزم لان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التى بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من
تكميله مايليه والالزم لان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التى بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من
الثاني انتقص الآخر فيجب تكميله من الذى يليه وكذا كل شهر الى آخر مدة تبين (قوله وقدر الخ
قال فى كتاب الطلاق ثم ان كان

﴿ ٢٢٧ ﴾

الشهور بالاهلة وان كان
فى اول الشهر يعتبر الطلاق
فى الوسط فبالايام فى حق
التفريق وفى حق العدة
كذلك عند ابى حنيفة وعند
هما يكمل الاول بالآخر
والمستطعات بالاهلة وهى
مسئلة الاجارات ع (قوله
ويجوز اخذ اجرة الخ انما
ذكرهما فى الاجارة الفاسدة
مع كونه جائزا لان لبعض
الناس فيه خلافا فان بعض
العلماء كره علة الحمام اخذا
بظاهر قوله عليه الصلوة
والسلام الحمام شربيت
ومنهم من فصل بين حمام
الرجال والنساء فكره اخذ
الحمام للنساء لانهن نهين
عن البروز وامر بالقرار
وروى عن احمد بن حنبل
انه لم يبيع اجرة الحمام
والصحيح عند عامة العلماء
انه لا بأس باتخاذ الحمام
للرجال والنساء جميعا للحاجة
والحاجة فى حق النساء
اظهر لان المرأة تحتاج
الى الاغتسال عن الجنابة
والحيض والنفس ولا يمكن

فى اثناء الشهر فالكل بالايام) عند ابى حنيفة وهو رواية عن ابى يوسف
وعند محمد وهو رواية عن ابى يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام
صار البهاض ضرورة والضرورة فى الاول منها وله انه متى تم الال بالايام ابتداء الثاني
بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدر فى الطلاق (قال ويجوز
اخذ اجرة الحمام والحمام) فاما الحمام فلنعرف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع
المسلمين قال عليه السلام ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحمام
فلما روى انه عليه السلام احتجم واعطى الحمام الاجرة ولانه استنجا على عمل
معلوم باجر معلوم فيقع جائزا (قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس) وهو ان
يؤاجر فعلا لينز وعلى انك لقوله عليه السلام ان من السعيت عسب التيس
والمراد اخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستنجا على الاذان والحج وكذا الامامة والتعليم
القرآن والفقه) والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستنجا عليه
عندنا وعند الشافعى يصح فى كل ما لا يتعين على الاجير لانه استنجا على عمل
معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرعوا القرآن ولا تاكلوا به وفى
آخر ما هو رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابى العاص وان اتخفت مؤذنا
فلنا نحن الاذن اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
نعبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما فى الصوم والصلوة ولان التعليم مما
لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجا على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر
شرواى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال
ولا يجوز الاستنجا على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهى) لانه استنجا على
المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند ابى حنيفة
الامن الشريك وقال اجارة المشاع جائزة (وصورته ان يؤجر نصيبا من داره
او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر
المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالنهاى فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين
وضار كالبيع ولا بى حنيفة انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم

ذلك فى الانهار والحياض ويمكن للرجال ١٥ * وقد صرح ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل
حمام الحيفة وتأويل ما روى عن الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا بأس بالتناول
ولا كراهة فى غلة الدور والحوانيت ع (قوله ولا يجوز اخذ اجرة الخاى كراء عسب التيس فانه اخذ المال
بمقابل ماء مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحمال فان ذلك ليس
فى وسعه وهو يهتنى على نشاط الفعل ايضا ك

(قوله) واما النهاية الخ جواب عن قولهما اذ بالنهاية وحاصله ان النهاية من احكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متنفذ لانقضاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن انهاء بالنهاية لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشئ مما يتأخر عنه ثبوت تاع (قوله) فالكلي يحدث على ملكه بالنهاية وهذا بخلاف الرهن لان بالشروع هناك بنعدم العقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبى سواء

فاما ههنا بالشروع لا ينعدم العقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في الشريك وبخلاف الهبة فالشروع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء ك (قوله) على ملكه فان لبعضه يحكم الملك والبعض يحكم الاجارة فكل المنفعة يحدث على ملكه فلاشروع عيني (قوله) والاختلاف الخ جواب عما يقال سلطنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك منفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشروع موجودا ع (قوله) اذ اثبت الخ فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ع (قوله) لان الاجرة مجهولة لان الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة وكذا الكسوة عيني (قوله) (الكسوة) ومعنى تسميته الطعام دراهم ان يجعل الخ قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ وقد وجه بعضهم بان الطعام منصوب على نزع الخافض اى للطعام والمراد بالتسمية هو التعيين اى عين الطعام بدراهم مل

المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليم الوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما النهاية فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرطا للعقد وشرط الشئ يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما اذا اجر من شريكه فالكلي يحدث على ملكه فلاشروع والاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط المبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال (ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة) لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل بكل جار باعلى عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبى والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا الواضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعدم على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبلين العذرة عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استعسانا عند ابي حنيفة وقال لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للغبر والطبخ وله ان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع فقير من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضى الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذر وعاف فهو جائز يعنى بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لاجهالة فيه (ولو سى الطعام وبين قدره جاز) ايضا لما قلنا (ولا يشترط تأجيله) لان اوصافها اثمان (ويشترط بيان مكان الايقاف عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع) وفي

الاجرة مجهولة لان الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة وكذا الكسوة عيني (قوله) (الكسوة) ومعنى تسميته الطعام دراهم ان يجعل الخ قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ وقد وجه بعضهم بان الطعام منصوب على نزع الخافض اى للطعام والمراد بالتسمية هو التعيين اى عين الطعام بدراهم مل

قوله من غسل ثياب الخاى اذا تلطخ من النجاسة اما لا يجب غسل الثياب بسبب الوسخ والدين حميديه
قوله فان هذا الاجار مصدر واجرته اذا صبيت في وسطفه ودواعينى (قوله فانما لم يجب الاجر الخاى انما
يجب الاجر لاختلاف العمل للانتقام اللبن فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين
هو اللبن عيني (قوله فيصير في معنى الخ فان قيل اذا كان عرف دياره على ذلك فهذا يترك به القياس
قيل لانه في معناه من كل وجه فمكان ثابتا بدلالة

٢٢٩

الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير
دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم
قال (وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها) لان الوطى حق
الزوج فلا يمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا
لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله
لان المنزل حقه (فان حبلى كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا
على الصبي من لبنها) لان لبن العامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم
الفسخ اذا مرضت ايضا (وعليها ان تصلح طعام الصبي) لان العمل
عليها والحاصل انه يعتبر فيما لانص عليه العرف في مثل هذا الباب
فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك
فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن
والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة (وان ارضعته في
المدة بلبن شاة فلا اجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه
اختلف العمل قال (ومن دفع الى حائك غز لا لينسجه بالنصف فله اجر
مثله وكذا اذا استأجر حمارا يعمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة)
لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان
وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له خنطة
بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات
لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو
بعض المنسوج والمعمول اذ محصوره بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة
غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليعمل نصف طعامه بالنصف الآخر
حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار
مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان
ما من جزء محتمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه (ولا يجاوز
بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه
رضى بعط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر

وجه فمكان ثابتا بدلالة
النصوص ومثله لا يترك
بالعرف فان قيل لا يترك
بل يخص عن الدلالة
قيل لاعموم لها حتى يخص
عرف ذلك في موضعه ع
(قوله وقد نهى النبي الخ
قلت اخرج الدارقطني
ثم البيهقي في سننهما في
كتاب البيوع عن ابي
سعيد الخدرى قال نهى
عن عسب الفحل وعن قفيز
الطحانات (قوله وهذا
ان النسي ذكرنا من فساد
الاجارة فيما اذا استأجر
حمارا ليحمل طعاما بقفيز
منه (قوله بخلاف ما اذا
استأجر الخ وفي المسئلة
الاولى الحنطة صارت محمولة
بعمل الاجير فكان في معنى
قفيز الطحان فيكون فاسد
فيجب اجر المثل عيني
(قوله حيث لا يجب الاجر
فيه نظر كيف يقول لا يجب
لانه قد وجب وقبض وهو
نصف الطعام عيني (قوله
ملك الاجر الخ فان تسليم
الاجرة يحكم التعجيل بوجوب
الملك في الاجرة ع (قوله
يحمل عليه طعاما بقفيز منه

ولا يجاوز بالاجر الخ متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا

(قوله عند محمد واما عند ابي يوسف فلا يجاوز باجرة نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف السعر حيث اشتركا وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمع جميعا فهما مشتركان على السواء ع (قوله العشرة المختاتيم الخ المختاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه ككيلة يزداد ولا ينقص وازافة العشرة الى المختاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين ع (قوله لانه يجعل المعقود عليه عملا دون

﴿ ٢٣٥ ﴾

بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليغزله هذه العشرة المختاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة قال ابو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيقضى المنازعة وعن ابي حنيفة انه تصح الاجارة اذا قل في اليوم وقسمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقسمي مثله في الطلاق قال (ومن استأجر ارضا على ان يكر بها ويزرعها ويستقيها

او يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يأتى الزراعة الا بالسقى والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفقة يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط ان يثنيتها او يكرى انهارها او يسرقنها فهو فاسد) لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا مانعا الاخير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالثنائية ان يرد هاهنا مكرمة ولا شبهة في فسادها وقيل ان يكر بها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعتها وليس المراد بكرى الانهار الجد اول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال (وان استأجرها ليزرعها بزرعة ارض اخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز على هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير ديناً بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس

اليوم فاذا فرغ عنه نصف النهار فله الاجر كاملا فان لم يفرغه في اليوم فعليه عمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتجديد فكأنه استأجر للعمل على ان يفرغ منه في اول اوقات الامكان فيجعل عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجع بكون العمل مقصودا دون الوقت تبين (قوله مجهول اى جهالة مفضية الى النزاع فانه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقودا عليه مل (قوله ولا ترجع اقول لقائل ان يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجعا لكون العمل معقودا عليه نتايج (قوله فيقضى الى المنازعة فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جازان يطالب الاجير اجرة نظرا الى الاول وهو ان المعقود عليه الوقت ويمتنع المستأجر نظرا الى الثاني وهو ان المعقود عليه العمل (قوله لانه للظرف

والظرف لا يقتضى استيعاب الظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يلح المنفعة معقودا عليها فيبطل العمل المعقود عليه ك (قوله بخلاف قوله اليوم لانه للمدة لانه بدون في فيستغرق جميع الظرف فيبطل ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة عني (قوله في الطلاق اى في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق في غد وقال نوبت آخر النهار ك

(قوله فيكون عاملا الخ لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لا يجب الاجر غاية الامر أنه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه أولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تسليم المنافع المعقودة ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى كـ (قوله انما هو ملك) ٢٣١ نصيبه وهو المنفعة فان المستأجر للعبد المشترك يملك

منفعة نصيب صاحبه عيني

للعاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال

(واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه

على ان يعمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له) وقال الشافعي له المسمى

لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر

دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له

الثياب ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في

الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه

لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه

فلا يتحقق التسليم بخلاف الدرا المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع

ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما

هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكي يمكن ايقاعه في الشائع

(وهو استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اى شى يميزها فالاجارة فاسدة)

لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر

بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما (فان زرعها ومضى

الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر

لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت

قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار

كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن

استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل

الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه) لان العين المستأجرة

امانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ الى بغداد فله الاجر

المسمى) استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختلفا قبل ان يحمل عليه)

وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

الناس من الحمل فقد تعيين وارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وفي القياس يجب اجر المثل عيني (قوله لما فرغ من ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيعتاج الى بيانه نتائج الافكار (قوله قال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل المجلس والتدبير في انه فعيل بمعنى مفاعل اقتمى نتائج

(قوله وعلى رضى الله عنه قلت روى البيهقي من طريق الشافعي عن علي انه كان يضمن الصباغ
(قوله وهو المعقود عليه الخ اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل الصالح بما ذكره النصف
قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تعريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا عنه
دون الصور الثلث الباقية منها اذ قد مر في اواخر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في العين
كالقصار والصباغ فله ان يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود ٢٣٢ عليه وصف قائم في الثوب
فله حق الحبس لاستيفاء
البديل كما في البيع وكل
صانع ليس لعمله اثر في
العين فليس له ان يجبس
العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعقود عليه نفس
العمل وهو عين قائم في
العين فلا يتصور حبسه
نتائج (قوله وانقطاع الخ
جواب لما عسى ان يقال
ان انقطاع الحبل ليس في
صنيع الاجير فما وجه ذكره
من جملة ما تلى بعده عيني
(قوله الا انه لا يضمن الخ
قيل انما عدم الضمان حال
السقوط اذا كان هو من
يستمسك على الدابة
ويركب وحده والافه
كالمتاع والصحيح انه لا فرق
وكذا رواه ابن سماعة
عن ابي يوسف في الوضع
كذا ذكره التمر تاشي
ولا يقال ان ضمان بنى آدم
يجب بالتسبيب وقد وجد
لان المسبب انما يضمن اذا
تعدى وكلامنا فيما اذا لم
يوجد التعدى كفايه (قوله
وقالا يضمن الامن حرق
غالب اولصوص مكابرين استحسنانا ردالمختار (قوله اذا لم يكن من مزاحمة الناس (بالعقد
كما في الاصلاح فان التلى الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي جميع الانهر
(قوله وفيه اشارة الى ان السفينة غرقت من موج أوريح أو نعوها لم يضمن كما في القهستاني
جميع الانهر

(وقال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك
لا يستحق الاجرة حتى لا يعمل كالصباغ والقصار) لان المعقود عليه
اذا كان هو العمل أو اثره كان له ان يعمل للعام لان منافعه لم تصر
مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا (قال والمتاع امانة
في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه
عندهما الامن شى* غريب كالحريق الغالب والعمد والمكابر) لهما
ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير
المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك
بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته
فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالمرت
حنق انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا ي
ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب
لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب
والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقبله الاجر بخلاف المودع
بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقبله الاجر قال (وما تلى
بعمله كتعريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشربه المكاري الحمل وغرق السفينة من مدة مضمون عليه) وقال
زفر والشافعي لاضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعه
المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت
الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر
وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن
المفسد ما دون نافية بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلحة لانه
يمنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير
الوحد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه
فكان من صنيعه قال (الا انه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق في السفينة
او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب

(قوله) لا تتحمل العاقلة لان العاقلة انما يدفعون الدية باعتبار ترك الحفظ ولا يجب الحفظ من العقود
فإذا كان كذلك لا تتحمل العاقلة ضمان العقود حميدية (قوله) من الفرات انما وضع المسئلة في الفرات لان
الضمان تباع هناك كـ (قوله) فوق في بعض الطريق قيد بقوله في بعض الطريق لانه لو انكسر بعدما
انتهى الى المكان المشروط من جنابة يده فلا ضمان عليه وله الاجر عيني (قوله) فانكسر ليس بقيد فانه
لو كسره عمدا فالحكم كذلك

٢٣٣

بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمل
العاقلة قال (وإذا استأجر من يعمل له دناسا من الفرات فوق في بعض الطريق
فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي عمل ولا اجر له وان شاء ضمنه
قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه) اما الضمان فلما قلنا
والسقوط للثابت او بانقطاع الحمل وكل ذلك من صنيعة واما الخيار فلانه اذا
انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا
الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا
وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني
له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانهما استوفى اصلا
قال (وإذا قصد القصاد او بزغ البزغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا
ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانيق
فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد
من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التعرض عن السراية لانه يبتنى
على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من
العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه ما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كن استوجر شهر للخدمة او لرعى الغنم)
وانما سمي اجيرا وحدا لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة
له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا
ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ماتلى من عمله) اما الاول فلان
العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهم لان تضمين
الاجير المشترك نوع استعسان عندهما الصيانة اموال الناس واجيرا لو حاد لا يتقبل
الاعمال فيكون السلامة غالباً فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى
صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً عنه
فصار فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

(قوله) لانه يبتنى على قوة الخ فربما يكون ضعيف المزاج فيسرى الفعل الى النفس وربما يكون قوي
فلا يسرى ابرو المكارم (قوله) وان لم يعمل اي حلم نفسه ولم يعمل مع التمكن اما اذا امتنع من العمل
ومضت المدة اولم يتمكن من العمل لعذر ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس كـ
(قوله) ولا ماتلى من عمله بان تخرق الثوب من دقه او انفسد الطبخ او احترق الخبز ونحو ذلك
عيني

(قوله باب الاجارة الخ لما فرغ عن ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين نتائج (قوله فارسيا اي غبطة فارسيا بمعنى خياطة فارسية اي منسوبة الى صنعة فارس وهي التي يكون فيها الخياطة غرزة غرزة عيني (قوله روميا اي غبطة روميا بمعنى خياطة رومية اي منسوبة الى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيها غرزتين غرزتين عيني (قوله بين ثلثة اشياء اي في الصور المذكورة

﴿ ٢٣٤ ﴾

باب الاجارة على احد الشرطين

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واتي عمل من هذين العاملين عمل استحق الاجرة) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفور فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا اخيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهر بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا اخيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا اذا اخيره بين ثلثة اشياء وان اخيره بين اربعة اشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غيرانه لابد في اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فنصف درهم فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم قال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان قال زفر الشرطان فاسدان) لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم المتعجيل وذكر الغد للتأخير فيجتمع في كل يوم تسميتان واهما ان ذكر اليوم للتأخير وذكر الغد للمتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولا يبي حنيفة ان ذكر الغد للمتعلق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأخير لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع

بان قال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان وان خطته تركيا فلك ثلثة دراهم فاتى الاعمال عمل استحق الاجر المسمى وكذا اذا قال اذا صبغته بعصفور فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان وان صبغته بپورس ونحوه فلك ثلثة دراهم وكذا اذا قال ان سكنت هذه الدار فعليك كل شهر خمسة وان سكنت هذه فعليك عشرة وان سكنت هذه فخمسة عشر وكذا لو قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بعشرة والى واسط بخمسة عشر والى الكوفة بعشرين عيني (قوله بين اربعة اي بين اربعة انواع من الفعل بان قال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان وان خطته هنديا فاربعة عيني (قوله البيع بان باع احد الثوبين على ان يأخذ ايهما شاء جاز وكذا اذا قال بيعت احد الاثواب الثلاثة على ان ياخذ ايهما شاء وفي

الزائد على الثالثة لا يجوز حميديه (قوله دفع الحاجة وهي تنفع بالثلاثة لاشتمالها على (النقصان الجيد والوسط والردى ولا حاجة الى الاربعة لان دفعها بمادونها) (قوله لابد من اشتراط الخيار الخ فانه اذا اخيره بين ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء يكون للمشتري الخيار وكذا اذا اخيره بين ثلثة عيني (قوله فله درهم لان الشرط الاول جائز والثاني فاسد ولهذا يجب المسمى في الاول واجرا المثل في الثاني مل

(قوله عند أبي حنيفة اما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف الدرهم ولا يزداد عليه عيني (قوله) ويعتدل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيعتدل ان يكون هذا قول الكل ويعتدل ان يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها (قوله بخلاف الخ اي فان قيل مسئلة الحياطة الرومية والحياطة الفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب عنه بقوله بخلاف الخ (قوله هو الاصل ان الاصل

٢٣٥

عندهما ان الاجرمي وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم ايها يجب يفسد العقد ك (قوله) والاجارة تنعقد الخ جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهوان الغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب او لو تحقق ترك الانتفاع واحتيج الى ايجاب الاجر ما يمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذا فضل لا يجب بالشك وقيل يجب الاقل ويتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا يمكن الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم يبدل معلوم وضم اليه الزائد بزيادة في البذل فان العقد

النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولي (ولو قال ان سكنت في هذا المكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنته حدا فبدرهمين جازواي الامرين فعل استحق اجرا المسمى فيه عند أبي حنيفة وقال الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة وقال لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويعتدل الخلاف ومن استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة وقال لا يجوز) وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الحياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولا ي حنيفة انه غيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كافي مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

(ومن استأجر عبد للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عنرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفارقت بين الخدمتين ظاهرا فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كافي الركوب (ومن استأجر عبد محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر

بفع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعقود عليه ك (قوله فليس له الخ) مني لو سافر به يضمن لمولاه لانه صار غاصبا ولورده الى مولاه سالما لا اجر له عندنا عيني (قوله) جعل السفر الخ يعني اذا استأجر غلاما ليخدمه في المصر واراد المستأجر ان يسافر فهو عنتر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولومنع من السفر يتضرر المستأجر فلماذا جعل عنتر اك

(قوله فصار كما اذا هلك العبد اى في ذلك العمل فانه يجب على المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستأجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكه من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر كـ (قوله فاجر العبد قيده لانه آجره الغاصب كان الاجر له لالمالك ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق عيني) (قوله بغير اذنه كالزيادة المتولدة من العين المغصوبة اذا اتلفها الغاصب

٢٣٦

ن (قوله على مامر اشارة الى قوله وجه الاستحسان ان التصرف نافع الخ ن (قوله وهذا غير محرر لان الاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او يد نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يعجز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محررا ما في يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب بضمنه وان لم يكن محررا في حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة فكلنا ما حصل منها كـ (قوله في حق الغاصب اى غير محرر للمولى في حق الغاصب ولكن محرر للمولى في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن كـ

ان ياخذ منه الاجر) واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان ياخذ منه الاجر (ومن غصب عبد افاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ره وقاله وضامن) لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على مامر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرر لان المتقوم به وهذا غير محرر في حق الغاصب لان العبد لا يعجز نفسه عنه فكيف يعجز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على مامر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة) لان الشهر المذكور ولا ينصرف الى ما يلى العقد تحريلا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلى الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستأجر آبق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاءتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجع بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجعا وان لم يصلح حجة في نفسه امله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لابل امرتنى اصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله

(قوله في جريان ماء الخ فان مستأجر الرمح اذا اختلف مع صاحب الرمح في جريان الماء في المدة فان (فكلنا) القول قول من يشهده الحال فان كان الماء منقطعاً وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيها مضى وان كان جاريا فالقول لرب الرمح مع يمينه وان اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستأجر عشرة ايام وقال الأجر خمسة ايام فالقول للمستأجر البينة للأجر هو يصلح مرجعا ان لم يصلح حجة في نفسه اذ الترجيع ابد انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرفت في اصول الفقه كـ

(قوله مامر من قبل اى باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوباً ليغيط قميصاً بدرهم فخطاه بقاءه كـ) (قوله يضمنه اى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعنى قوله لا يجاوز المسمى ظاهر الرواية والثانى اعنى قوله يضمنه مازاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد بن عيسى قوله لانه بمنزلة الخ فالصباغ اذا خالف بصبغ الاصفر وكان اذنه احمر فان شاء رب الثوب ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ

﴿ ٢٣٧ ﴾

فكنا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئاً الواقرب له لزمه قال (واذا حلف بالخياط ضامن) ومعناه مامر من قبل اى بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ لثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ يضمنه مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته على بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب) لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفاً لى خياطه (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما يبين جهة الطلب باجر جرياً على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتحت الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتباراً للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للنفع والحاجة ههنا الى الاستعانة والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانما توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة ففرضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع وان فعل المؤجر ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرضى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فاتت وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصابنا من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبهه الاباق فى البيع قبل القبض وعن محمد ان الاجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا الاجر وهذا تنصيص منه على انه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرضى والبيت مما ينتفع

بالسكنى كخائط سقط ولم يكن محتاجاً اليه فى السكنى لم يثبت الخيار وكذا لو كان المستأجر عبد المخلصة فسقط شعره او ذهب احدى عينيه وذلك لا يضر بالمخلصة لم يثبت له الخيار عيني (قوله فكان هذا الخ فكل جزء منه بمنزلة الابتداء وعلى هذا لافرق بين ان يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر او قبله لان الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع

(قوله وكذلك لا يجوز اى صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مال كونها مستحقة بالعقد لا يجوز عينى (قوله مثل الوكيل اى اذا عقد الوكيل للموكل ثم مات الوكيل لا يفسخ وكذا اذا عقد الوصى للصبي فمات الوصى لا يبطل العقد وكذا اذا مات المتولى لبقاء المستحق والمستحق عليه مل (قوله لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه فى الابتداء كان واقعا لغير العاقد وهى بعد الموت كذلك ع

﴿ ٢٣٨ ﴾

به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال

(وإذا مات احد المتعاقدين وقعد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة)

لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به واجرة المملوكة له لغير العاقد

مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (وان عقدها

لغيره لم تفسخ) مثل الوكيل، الوصى والمتولى فى الوقف لانعدام ما اشرنا

اليه من المعنى قال (ويصح شرط الخيار فى الاجارة) وقال الشافعى لا يصح

لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو

كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا

انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالمبيع

والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع

الرد بخيار العيب فكذلك بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن

فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض

اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعتذار) عندنا

وقال الشافعى لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز

العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار

العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به اذا المعنى يجمعهما

وهو عجز العاقد عن المضى فى موجهه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا

هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حنطا ليقطع ضرره لوجع به فسكر

الوجع واستأجر طباعا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الاجارة) لان

فى المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى

السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا اذا آجر دكانا او دارا ثم افلس ولم يمه

ديون لا يقرب على قضائها الا بشئ ما اجر ففسخ القاضى العقد وباعها فى الدين)

لان فى الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو

الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضى العقد

اشارة الى انه يقتدر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى

الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر

(قوله لغوات بعضه فان

فلا يتمكن من رد كل المعقود

عليه فاذا لم يتمكن بطل

عينى (قوله وكل ذلك

اى عدم امكان رد المعقود

عليه بكماله اذا كان الخيار

للمستأجر وعدم امكان

التسليم ايضا على الكمال

اذا كان الخيار للمؤجر

عينى (قوله يمنع الخيار

وهذا بناء على اصله ان

المنافع جعلت فى الاجارة

كالاعيان القائمة وفوات

بعض العين فى المبيع يمنع

الفسخ وكذا ههنا ع (قوله

عقد معاملة هذا احتراز

عن النكاح فان مطلق

المعاملة ينصرف الى

المعاوضات وفى بعض

النسخ انه عقد مقابلة اى

معاوضة لان فيها تقابل

العوضين واما النكاح فاما

فيه ليس بمقصود فلا يكون

من باب المعاوضة والمقابلة

ك (قوله لا يستحق القبض

الخ احتراز عن الصرف

والسلم فان قبض البذل

شرط فى المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار ك (قوله حداد ابيه قلاع السن واطلاق الحداد (فان

عليه باعتبار تلك البسلة فان عندهم لا يتقاع السن غالبا الا بالحداد عينى (قوله فسخ القاضى

العقد اختلفوا فى فسخ القاضى قيل يبيع الدار فينفذ البيع فتفسخ الاجارة ضمنا وانما لا ينفذ

قصدا لانه لو نقضها قصدا ربما لا ينفذ البيع فيكون النقض ابطالا للحق المستأجر قصدا ص

(قوله) ظاهرا بان اختلعت المرأة اومات فيما اذا استأجر لطبخ طعام الوليمة اومات الولد اذا استأجر ليخفنه او برئت اليد اذا استأجر لقطعها من الاكلة او سكن وجع سنه اذا استأجر لقلعه عيني (قوله) ثم بدله معناه ان بدله صلاح خلاف ما قصد من السفر فالفاعل مضمر لا محذور بدلالة محل الكلام عليه فصح عود الضمير اليه كما في ﴿٢٣٩﴾ قولهم ان كان غدا فأتني اي ان كان ما نحن فيه عليه غدا فأتني اعظمي (قوله) لانه لا يعرى الخ يعني

ان البعث على بد الغير لا يعرى عن نوع ضرر فيعتبر عفرا في حالة القدرة مثل (قوله) وانه امر زائد كشف هذه المسئلة موقوف على معرفة المنفعة والضرر فنقول المنفعة اللذة وما يتوسل به اليها والضرر الالم وما يتوسل به اليه ومنفعة الشخص لذة حاصلة له بالفعل او وسيلتها الحاصلة بالفعل واما عدم حصول المنفعة المتوقعة فليس بضرر كالربح والا يكون كل شخص في كل آن متضرر لعدم حصول الربح والبداهة شاهدة على بطلان كونه ضررا لعدم وجد ان الالم اذا المنفعة المتوقعة امر زائد على حقيقة المنفعة فلا يكون فواتها ضررا لما عرفت من معنى الضرر اعظمي (قوله) فلا يتحقق الخ قيل ويتحقق افلاسه بان يظهر خيانة عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصبر بحيث ان الناس لا يأتون على امتعتهم عيني (قوله) عن ضرر قيل

فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العقاد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهر لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة يسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما ينهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر (وان بدل للمكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه ان يبعد ويبعث الدواب على بد تلميذه واجيره (ولو مرض المواجه فكذا الجواب) على رواية الاصل وذكر المكاري انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر في دفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (من آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال (واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخطب باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرغ فهو ليس بعذر) لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرغ في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما (ومن استأجر غلاما ليشتبه في المصر ثم سافر) فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عفرا (وكذا اذا اطلق) لما مر انه ينقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عفرا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر ﴿مسائل منشورة﴾

فان قال الموجر لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسئله عن يسافر معه فان قال فلان فلان فالقاضي سألهم ان فلانا هل يخرج معكم ام لا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يعلى القاضي المستأجر بالله انك عذمت على السفر واليه مال الكرخى والقدرى ع

(قوله فاحرق الحصاد مع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريد به ههنا ما بقي في الارض من اصول القصب المحصود ن (قوله غير متعد الخ والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدي في السبب الا ترى ان من حفر بئر في داره فوق وقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ك (قوله وقيل فاقبل شمس الاثمة السر خسي هذا اي عدم الضمان باحراق الحصاد اذا احترق شيء من ارض اخرى عيني (قوله واذا اقع الخ صورة

٢٤٥

المسئلة اذا كان للقصار ا والصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقع في دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان ك (قوله لان هذه شركة الوجوه الخ قال الامام الزيلعي في شرح الكنز فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجهاتهما ويبيعا وليس في هذا بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى ويمكن ان يقال ان معنى كلامه ان هذه المعاهدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اي عقد شركة التقبل بالوجهة وقال صاحب معراج الدراية تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العدل عليهما واحبهم يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحاقته وهو متعارف وجب القول بصحته نتائج (عبد

قال (ومن استأجر ارضا واستعارها فاحرق الحصاد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه ما در البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة بضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال (واذا اقع الحياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهته يقبل وهذا بحدائقه يعمل فينظم بذلك الصلحة فلا تضرة الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا يعمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله العمل المعتاد) وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي له للجهالة وقد يقضى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الركب وهو معلوم والمعل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تقضى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو اجود) لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضاء قال (وان استأجر بغير العمل عليه مقدار من الزاد فكل منه في الطريق جاز ان يريد عوض ما اكل) لانه استحق عليه محملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكمل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال (واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) اما الجواز فلقوله تعالى «فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا» وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر نهي هو الصحيح ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالأفضل ان لا يكتب وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يارز به فلا بد من التزاه ولا يعتق الا باذاع كل البذل لقوله عليه السلام ايماعبد كوتب على مائة دينار فادها الا عشرة دنائير فهو عبده وقال عليه السلام المكاتب

يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحاقته وهو متعارف وجب القول بصحته نتائج (عبد (قوله فله مانع من العمل بالاطلاق هو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر مانع من المجهول فوجب جواز رد قدر مانع من عمله بالاطلاق وعدم المانع عيني

(قوله) اختلاف الصحابة قال زيد ابن ثابت مثل قولنا وقاله على رضي الله عنه يعنى بقدر ما ادى قال
عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه اذا ادى قدر قيمته يعنى وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من
غرماءه وقال عبد الله بن عباس اذا اخذ العبد صحيفة الكفاية يعنى في الحال بنفس العقب وهو غريم
المولى بما عليه من بدل الكفاية حميدية (قوله) وان لم يقل المولى الخ قال الشافعي لا يعنى ما لم يقل
كاتبك على كذا ان ادينه ﴿ ٢٤١ ﴾

فانت حر عيني (قوله) كما
في البيع يعنى لا يحتاج فيه
الى قول البائع للمشتري
ان ملكتنى الثمن ملكت
المبيع (قوله) ولا يجب حط
شئ الخ وقال الشافعي
يجب حط ربع البذل لقوله
تعالى وآتوهم من مال
الله الذى آتاكم وعن على
عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله عليه السلام
انه قرء هذه الآية وقال
هو ربع الكفاية وعن
الكلى المراد بالايتاء دفع
الصدقة اليهم رواه عن جماعة
من الصحابة وهو الظاهر
لان الايتاء بدل على
التبليك وذافى التصديق
عليهم لان الحط لا يكون
تلميكا كـ (قوله) اعتبارا
بالبائع اراد ان عقد الكفاية
عقد معاوضة فلا يجب الحط
فيه كالايجاب في البيع عيني
(قوله) ويجوز مؤجلا اى
غير منجم بان اجله الى شهر
او شهرين او سنة او سنتين
مل (قوله) لعدم الاهلية اى

عبد ما بقى عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد ابن ثابت
رضي الله عنه ويعنى بادائه وان لم يقل المولى اذا ادينها فانت
حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع ولا يجب حط
شئ من البذل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا
ومنجم) وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم
في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على امله لانه اهل للملك
فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا
ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبذل معقوده
فان شئ الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا
لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكفاية على
المساهلة فيمهل المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي
الحال كما امتنع من الاداء برد الى الرق قال (وتجوز كفاية العبد الصغير
اذا كان يعقل البيع والشراء) لتعقق الايجاب والقبول اذا العاقل من اهل
القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على
مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء
لان القبول لا يتعقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعنى
ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبد جعلت عليك الفاتوؤديها الى نجومنا
اول النجم كذا وآخره كذا فاذا ادينها فانت حر وان عجزت فانت رقيق
فان هذه مكاتبة) لانه انى بتفسير الكفاية ولو قال اذا ادبت الى الفاك
شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على
الوجوب وذلك بالكفاية وفي نسخ ابي حفص ره لا يكون مكاتبا اعتبارا
بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكفاية خرج المكاتب عن يد المولى
ولم يخرج عن ملكه) اما الخروج من يده فلتعقيق معنى الكفاية وهو الضم
فيضم الملكية يده الى الملكية نفسه او لتعقيق مقصود الكفاية وهو اداء
البذل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واماعم

اهلية الملك قبل عقد (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ١٦ الكفاية لاجل الرق لانه كان مما وكا
لا يقدر على شئ وفي زمان يسير لا يثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير عيني (قوله) ظاهر
ما تلونا فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص نسخ من وجه كـ (قوله) وفي
الحال اى في الكفاية المسألة يرد الى الرق كما هو لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن اداء البذل وقد وجد كـ

(قوله فلما رويانا وهو عليه السلام المكاتب هبما بقى عليه درهم ك) قوله حق من وجه انما كان مقام وجه لضعفه فانه ثابت في النعمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد ديناً ولهنا لانصع الكفالة عيني (قوله ملحقة بالاجزاء والاعيان حيث قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باسموا لكم ولو اسنحت الجارية يغرم المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة فعلم ان الوطن في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم

﴿ ٢٤٢ ﴾

عيني (قوله فصل في الكتابة الفاسدة الخ اخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة نتائج (قوله اما الاول غير عن مسلمتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتعادها في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شئ من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانما صار المسئلة واحدة نتائج (قوله كما اذا كاتب الخ وانه لا يجوز لان الثوب او الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينافي النعمة كافي النكاح ك) قوله ولانه تنصيص الخ فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز وان كانت القيمة تجب بهنه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن بصدده يجب قصد الاحكاما لمكان التنصيص بالقيمة ويجب ثمة حكما لا قصدا لانه تصريح بالعبد وقد

الخروج عن ملكه فلما رويانا ولانه عقده عاوضة ومبناه على المساواة وينعقد ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في النعمة حق من وجه (فان اعتقه عتق يعتقه) لانه مالك لرقيقته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه قال (واذا وطى المولى مكاتبته لزمه العقر) لانهما صارت احس باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البذل من جانبته والى الحرية من جانبها بقاء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان اتلف مالا لها غرم) لان المولى كالا جنس في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعتق

فصل في الكتابة الفاسدة

قال (واذا كاتب المسلم عبدا على خمر او خنزير او على قيمة فالككتابة فاسدة) اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العتق واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرها وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العتق الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادعى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا براءة قيمة الخمر لان البذل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق براءة الخمر لانه بدل صورة ويعتق براءة القيمة ايضا لانه هو البذل معنى وعن ابي عبيدة انه انما يعتق براءة عتق الخمر اذا قال ان ادبته فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعتق الكتابة وصار كما اذا كاتب على عينة اودم ولا فصل في ظاهرها رواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فاعلم اعتبار معنى العتق فيهما وموجبه العتق عند اداء العرض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العتق فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (واذا عتق براءة عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته) لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العتق وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذ اتلف المبيع قال (ولا ينقص عن

يثبت الشئ حكما ورضنا لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنبية ونحوها المسمى ك) قوله عتق سواء قال له ان ادبت فانت حر او لم يقل لان العتق يقع وان كان فاسدا فيعتق بالاداء (قوله كما اذا كاتب على ميتة اودم فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان ادبت الى فانت حرم اذا لم يقل فلا يعتق باداءهما لان العتق لم ينعقد اصلا فيعتق فيه التعليق عيني

(قوله وهذا اي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى الخ نافع (قوله والعبد
رضي الخ اي الظاهر من حال العبد انه يرضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية ولان العبد لما
اقسم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضى باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى ك
(قوله يعتق باء القيمة وقيمته تعرف بتصادقهما لان الحق فيما بينهما واما بتقويم المقومين فان اتفق
الاثنان منهم على شئ جعل ذلك ٢٤٣ قيمة له وان اختلفا لا يعتق مالم يؤد اقصى القيمتين لان شرط

المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة
ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى مريض بالنقصان والعبد
رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب القيمة بالغة ما بلغت
وفيه اذا كاتبه على قيمته يعتق باء القيمة لانه هو البذل وامكن اعتبار
معنى العقد فيه وائر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب
حيث لا يعتق باء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف
اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال (وكذلك ان كاتبه على
شئ بعينه لغيره لم يجوز) لانه لا يقدر على تسليمه ومواده شئ يتعين
بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الان الدراهم وهي لغيره جاز لانها
لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في النسيئة فيجوز وعن ابي
حنيفة في رواية الحسن رض انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز
بردف الرق لان المسمى مال الغبرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق
فلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط
للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح
لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز
البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا
بعدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يغير ملك
المكاسب وهو المقصود لانه ثابت للعاجلة الى الاداء منها ولا حاجة فيما
اذا كان البذل عينا معيننا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجوز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها
يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك
المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق
وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الى فانت
مرفجئئئئ يعتق يحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه
يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد

العتق لا يثبت الا بيقين
عيني (قوله وامكن
اعتبار الخ بان ادى ما
لا يخلتفى المقومون فيه
بان يقوم احدهم بثلاثين
والآخر بخمسة وثلاثين والآخر
باربعين فلما لم يجاوز احدهم
من اربعين قد ادى اربعين
يكون مؤديا قيمتها عيني
(قوله وائر الجهالة الخ اي
فان قيل القيمة مجهولة
فكان الواجب من يفيده
البطلان ولا يعتق باء
القيمة اجاب بقوله وائر
الجهالة في الفساد لاني
البطلان كما في البيع فانها
تفسده لا تبطله ك (قوله
بخلاف ما اذا كاتبه الخ
جواب عما يقال الكتابة
على ثوب كالكتابة على
قيمة العبد فكان ينبغي
ان يعتق باء ثوب كما
يعتق باء القيمة فقال
بخلاف الخ (قوله باء
ثوب لانه يختلف باختلاف
فاحشا لا يوقف على مراد
المولى فكانت الكتابة
باطلة فلا يعتبر اصلا حتى

لو ادى قيمته ايضا لا يعتق تبين (قوله على ما قال ١٦ في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به
الى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ الخ ع (قوله والمسئلة الخ اي فرض المسئلة في ذلك على ما بيناه
من مراده شئ يتعين بالتعيين ع (قوله كما في النكاح فانه اذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه
يصح العقد فان رضى مالك العبد بدفعه اليها والا فيجب على الزوج قيمة العبد عيني

(قوله على عين اى على عين هو من كسبه بان كان مأذونا في التجارة كـ) قوله فقيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز ع (قوله وهى مسئلة الخوهى التى ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شىء بعينه لغيره ع) قوله وقد عرف ذلك في الاصل اى في المسئلة ذكر فيه عهد مأذون له في التجارة وفي يديه عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين فقيه روايتان اما اذا كان دراهم او دنانير

﴿ ٣٤٤ ﴾

حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايين كـ (قوله وجه الروايين وجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه لفساد ان الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه فيثبت حرية اليد في الحال وبتراخي حرية الرقبة الى وقت الاداء فلوجازت الكتابة ههنا كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى لاعلى كسب يوجد بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاسب على انه يثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لاعلى وجه التعاقب فيكون اعتقا قايلا ولا يكون كتابة كـ (قوله عهد بغير عينه قيد بقوله بغير عينه لانه لو كان العهد معيناً يجوز بالاتفاق بجواز بيع المعين بالاتفاق فكذلك استثناءه عيني) قوله فيكون مكاتب الخ حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة العهد خمسين يجب على المكاتب

لكون السمي مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في بدل المكاتب فقيه روايتان وهى مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايين في كفاية المتن قال (واذا اكتب على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عهد بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هى جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عهد وسط فيبطل منها عهد العبد فيكون مكاتباً باقى) لان العهد المطلق يصالح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذلك يصالح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولها ان لا يستثنى العهد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكذلك مستثنى قال (واذا اكتبه على حيوان غير موصوفى فالكتابة جائزة استعسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة) وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصفي فالجهالة بسيرة ومثلا يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة اليد بالجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبهه البيع ولما انه معاوضة مال بغير مال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبهه النكاح والجامع انه يمتنى على المسامحة بخلاف لانه مبنى على الماكسة قال (واذا اكتب النصراني عبده على عمر فهو جائز) معناه اذا كان مقدار معلوما والعبد كافرا لانها مال في مقام بمنزلة الحل في حقنا (وابوهما اسلم فالمولى قيمة الحمر) لان المسلم ممنوع عن تملك الحمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذا الحمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تباع الثمانيان خمر او اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البيهقي لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصفي واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العهد على القيمة اما البيع لا ينقذ صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة

اداء خمسين ويسقط خمسون في مقابلة العهد عيني (قوله وهو الاصل) فاذا) يعنى الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناءه منه كـ (قوله انه لا يستثنى الخ لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانها لاتصلح بدلا لاستعمالها على نوع جهالة لاختلف المفرد فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقى الباقي من البدل وهو لا كـ

(قوله) وقد بيناه من قبل اى فى اول هذا الفصل وهو قوله فان ادى الحمر هتف وقال زفر لا يعتق له (قوله)
باب ما يجوز الخ لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له
فان يواز التصرف بيمينى على العقد الصحيح ع (قوله) ما يجوز للمكاتب الخ الظاهر ان اكتفاء المصنف
فى عنوان هذا الباب على ما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والافتقار ذكر فى هذا الباب
كثير مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله

٢٤٥

فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العرض الآخر للعبد وذلك بالعنف
علافاً ما إذا كان العبد مسلماً ما حدث لم تجز الكتابة لأن المسام ليس من أهل التزام
الحمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشرع والسفر) لأن موجب الكتابة ان يصير
مرايداً وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده
وهو نيل الحرية بإداء البذل والبيع والشرع من هذا القبيل وكذا السفر
لأن التجارة ربما لا تنفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمعابة لأنه
من صنيع التجار فان التاجر قد يعاجل في صفقة ليربح في أخرى قال (فان شرط
عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استعسافاً) لأن هذا الشرط مخالف
لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص
فبطل الشرط وضح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد
الكتابة وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقها بالبيع في شرط
تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل وبالنكاح
في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل او نقول ان الكتابة في جانب
العبد اعتاق لأنه إسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقاً
في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط الفاسد قال (ولا يتزوج
الأبائن المولى) لأن الكتابة فك المحرم مع قيام الملك ضرورة التوصل
إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليه ويجوز بأذن المولى لأن الملك له (ولا يهب
ولا يصدق إلا بالشئ اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مال له ملكه
لأن الشئ اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجب بد من ضيافة وإعارة ليجتمع
عليه المجاهرون ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يملكه)
لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة الاكتساب فلا يملكه بنوعيه
نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب
(فان وهب على عوض لم يصح) لأنه تبرع ابتداءً (فان زوج أمته جاز) لأنه

نذائج (قوله) البيع بالمعابة
وهو بيع شئ يساوي مائة
بتسعين مثلاً معناه العطية
وقال الغائفة لا يملك البيع
بالمعابة لأنه تبرع كالهبة
عندى (قوله) لأنه شرط
الخ يعنى ان الشرط الباطل
انما يبطل الكتابة ان
تمكن في صلب العقد
وهو ان يدخل في أحد
البذلين كما إذا قال كاتبتك
على ان تخدمنى مدة اوزمانا
وهذا ليس كذلك لأنه
لا شرط في بطل الكتابة
ولا فيما يقابله فلا تفسده
الكتابة ع (قوله) وهذا إلى
التفصيل بين كون الشرط
المتمكن في صلب العقد
مفسد أو بين كون الشرط
الغير المتمكن غير
مفسد مل (قوله) ضرورة
التوصل إلى المقصود
أى مقصود المولى من البذل
وذلك بقيام الملك مقصود
المكاتب وهو تحصيل النكسب
للإبقاء وذلك بفك الحجر
والتزوج ليس وسيلة إلى
المقصود بل هو مانع عن ذلك
فلا يدخل تحت فك الحجر

(قوله) المجاهرون والمجاهرون عند العامة الغنى من التجار وكأه اربابهم المجاهرون وهو النوى يبعث
التجار بالمجاهز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف إلى المجاهزن (قوله) ولا يتكفل سواء كان بأذن المولى
أو بغير إذنه لأنه ملك المولى لا في مضافه ومكاسبه فوجود إذنه فيما هو تبرع كعهده ك (قوله) نفسان
قلت بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك قلت بما يجوز عن ذلك فحبس عليه فيه منع
من المكسب فيتمتع به

(قوله كالاعتاق على مال اى اذا قال المالك لعبد اد الى الف او انت حر لا يجوز هذا التعليق فكيف لا يجوز ان يكتب عبد لان الكتابة بالمال كالتعليق عيني (قوله وقد يكون هو نفع له من البيع لانه لا يستوجب النسي في ذمة المشتري ما لم يزول العبد عن ملكه وهذا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البذل بالقبض فليسا ملك البيع فالتكتابة اولى ك) قوله ولهذا اى لاجل ان الكتابة لا تنزىل الملك قبل وصول البذل اليه بملك الاب الصغير او وصيه ان يكتب عبد الصغير

٢٤٦

عيني (قوله يوجب فرق ما هو ثابت له فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال فهذا غير ثابت للمكاتب الاول ع (قوله فان ادى الثاني اى ان ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه (قوله لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان المولى بمنزلة علة العلة ولهذا العجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ع) قوله اضيف اليه اى اضيف العتق الى المولى لان الحكم كإضافى الى العلة يضاف الى علة العلة عند تعذر الاضافة الى العلة عيني (قوله بعد ذلك اى بعد اداء الثاني بدل الكتابة وعتقه ويكون ولائه للمولى مل (قوله وان ادى الثاني اى ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الاول باداء بدل الكتابة مل (قوله ولا من توابعه اى توابع الكسب وضر ورائه مثل

اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كان عبده) والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب المال فيملكه كزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو نفع له من البيع لانه لا يزول الملك الا بعد وصول البذل اليه والبيع يزوله قبله ولهذا يملكه الاب والوصى ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولأه للمولى) لان له فيه نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كافي العبد اذا اشترى شيئا ثبت الملك للمولى قال (فلما ادى الاول بعد ذلك عتق لا يشترى الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل من المعتق (وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولأه له) لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاعل فيثبت له قال (وان عتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عرض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعيب له وشغل رقبته بالمهر والتفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصى في رقبتي الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظر الى النظر فيهما سواءهما والولاية نظرية قال (فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد قال ابو يوسف له ان يزوج امته) وعلى هذا الخلاف المضارب المفارض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال

ضياقة من يعامل معه والاعارة والاهداء اليه بشئ يسير عيني (قوله هو قاسه الخ فيل استعمل بغير القياس بين العينين اى المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار بين الفعلين اى المنزوج والاجارة لان المبادلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر والطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المبادلة بينهما ليس الامن حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك البق مل

(قوله ادهى مبادلة المال الخ لان المنفعة قائمة مقام العين فيكون في حكم المال ولهذا يصلح مهرأ في النكاح وابتغاء النكاح شرع بالمال عيني (قوله ولهذا اي لان التزويج ليس من التجارة لا يملك هؤلاء كلهم اي المأذون له والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب تزويج العبد لانه ليس من اكتساب المال ولان التجارة لانه مبادلة مال بمال مل (قوله فصل لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل بطريق الاصل ذكر في

﴿ ٢٤٧ ﴾

بغير مال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة ادهى مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد (فصل — لى) قال (واذا اشترى المكاتب اباه او ابنته دخل في كتابته) لانه من اهل ان يكتب وان لم يكن من اهل الاعناق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعناق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابى حنيفة وقال يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسب الاملاكا غير ان الكسب يكفى للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى في غيرهما وحتى لا يجب نفقة الاخ الاعلى المورس ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فالحقنساها بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفرداً من الكتابة حتى ان احد الشرعيين اذا كاتب كان للأخر فسغاً او اذا اعتق لا يكون له فسغته قال (اذا اشترى ام ولد دخل ولدها في الكتابة لم يجوز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخل الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولده وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول ابى يوسف ومحمد لانها ام ولد خلافاً لابى حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولده لان كسب المكاتب موقوف فلا يعلق به ما لا يعتدل الفسخ الا انه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولدها لثبوته في الولد بناء عليه ويدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولده ولد من امه دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (فكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا يقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتب ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكداً فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاء قل (ومن زوج امه من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها

هذا الاصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية والتبع يناو الاصل ع (قوله واوابنه وحكم امه اذا اشترىها مثل ابنته وابنه ولم يذكرها هؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعاً له حتى يردون الى الرق بعجزه عيني (قوله دخل في كتابته رانما قال دخل في كتابته ولم يقل صار مكاتباً لانه لركان مكاتباً اصالة كان اصيلاً وبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابته دخل بطريق التبعية دون الاصلية مل (قوله وان لم يكن من اهل الاعناق وهذا لان المكاتب ليس بالرقبة والعتق يخص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام لا تعتق فيما لا يملك ابن آدم تبين (قوله يعتق عليه اراد ان الحر اذا ملك لى رحم محرم يعتق عليه تحقيقاً للصلة الرحم

فكنا اذا ملك المكاتب قريبه يكتب عليه تحقيقاً للصلة ارحم بقدر الامكان مل (قوله لا يملك ولهذا يجعل الصدقة له وان اصاب مالاً ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته اذا اشترىها ك (قوله غير ان الكسب الخ اراد ان قدرته على الكسب يوجب الصلة في قرابة الولادة مل (قوله وهذا اولى من العكس لاننا لو احقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفرداً من الكتابة وفي ذلك ابطال لاحد للشبهين واما مالهما ولو بوجه اولى من اهما احداهما

(قوله وكان كسبه لها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبه لها ومنه إذا كان كسبهما كتابا واحدة يدخل الولد في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبهما كما إذا كانت الكتابة متفرقة كـ (قوله احرار بالقيمة فيجب عليه قيمة الاولاد لانه ولد الغرور والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد حركوا في المبسوط وفي شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتأخر الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف بقوله

٢٤٨

ولان كسبه لها) لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ولدا ثم استحققت فالولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد باذن له المولى بالمزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحرة في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا يحرر الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وما افنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل فلا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخل تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه اولا الشراء لا يسقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر االم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب حرة شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في الكتابة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف في تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينظمانه بنوعيه كالنوكيل فكان ظاهرا في حق المولى (فصل) قال (واذا ولدت المكاتب من المولى وهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له) لانها تلقتها اجهتا حرة عاجلة ببذل وآجلة بغير بدل فتغير بينهما (ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر) لان المولى يملك الاعناق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاهالا اختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء

لان حق المولى الخ ثم اذا غرم القيمة فيرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ع (قوله مولود بين رقيقين لان اباه رقيق مادام في الكتابة واه ظهرت رقيتها بثبوت الاستحقاق فيكون رقيقا كما اذا كان عالما بحالها عيني (قوله لان حق المولى الخ اراد ان العتق حرة الولد مع مراعات حق المستحق وهو المولى بايجاب قيمته في الحال مل (قوله بقيمة متأخرة الخ فكان المانع من الالتحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بال تأخير عيني (قوله ان وطئ المكاتب الخ اي اذا اشترى المكاتب بالشراء الصحيح امة ووطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولى ع (قوله ومالم يسقط الحد الخ فالخامس ان الكتابة اوجب الشراء او شراء الحد ووجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجب العقر عيني (قوله كالكفالة يعني اذا

كفل المكاتب يؤخذ به بعد العتق لان الكتابة لا تنظمها مل (قوله فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ع (قوله واذا ولدت المكاتب الخ سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتهما ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق (قوله يملك الاعناق الخ تحريره ان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحريره ولها من غير دعوة قصد فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الاولى عيني

(قوله لم يلزم المولى أى بالسكوت لأن نفسه ولد المولى انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن مكره المولى
وقد احرر مكره مولى ولعلها فلا بد من الدعوة (قوله الا ان يدعى الخ وهذا بخلاف ام المولى اذا ولدت ولدا
ميت يلزم المولى لانها ام ولعلها فلا بد من الدعوة لانها صارت ام ولد يعقل
الا ان يدعى من اذا عجزت نفسها لم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد يعقل
وطمها فيحكم بثبوت النسب

٢٤٩

من المولى كسائر اولاد ام
الولدك (قوله جاز وعرض
بان مالصة ام الولد غير
متقوم عند ابي حنيفة فكيف
يقابلها بدل متقوم واجيب
بان ملك المولى فيها ثابت
بدار رقة والكتابة لدفع
الاول اول المال ولدفع
الثاني في الثاني والملك
يجوز ان يقابله بدل متقوم
وان لم يكن متقوما كملك
القصاص اذا عفى بعض
الاولياء فانه يقابله حصة
الاخرين بالمال ع (قوله
ولا تنافي الخ جواب سؤال
مقدر تقريره ان يقال
امهما بقضى العنق ببدل
والاخر بلا بدل والعنق
الواحد لا يثبت بهما فكانا
متنافيين عينى (قوله
غير انه يسلم لها الاولاد
الخ جواب لشبهة وهى ان
يقال لما انفسخت الكتابة
بموت المولى كان ينبغي ان
لا يسلم لها الاكساب والاولاد
المشترة فى الكتابة فاجاب
بان الكتابة انفسخت فى
حق البدل وبقيت فى حق
الاكساب والاولاد لان

وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكانتها
وما بقى ميراث لابنتها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا
فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا
ان يدعى الحرمة وطمها عليه فلزم يدعى وماتت من غير وفاء يدعى
هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلومات المولى بعد ذلك عتق وبطل
عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فينبغيها قال (واذا
كاتب المولى ام ولده جاز) لما جئنا الى استغادة الحرية قبل موت المولى
وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقىها جهناحرية (فان مات المولى
عتقت بالاسنيلاذ) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة)
لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن
توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة
غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت فى حق البدل
وبقيت فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لعظرها والنظر فيما
ذكرناه ولوادت المكاتبه قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانه باقية قبل
(وان كاتب مبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذا الحرية غير ثابتة
وانما الثابت مجرد الاستحقاق (وان مات المولى ولا مال له غير هاهن بالخيار
بين ان تسعى فى ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة) وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف تسعى فى الاقل منهما وقل محمد تسعى فى الاقل من ثلثي قيمتها
وثلثي بدل الكتابة فالخلاف فى الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة
فى المقدار ومع محمد فى نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزؤ الاعناق
عنده لما تجزؤ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقىها جهناحرية ببديلين معجل
بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتغير وعندهما المانعن كلها بعنق بعضها هاهن
مؤجرو وجب عليها احد المالمين فتختار الاقل لعمالة فلامعنى للتخيير واما المقدار
فلمعمره انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المعال
ان يجب البدل بمقابله الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث
يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر

الفسخ لعظرها والنظر فى انفساخها فى حق سقوط البدل لافى حق الاولاد والاكساب ك (قوله
الاول له غيرها انما يقيد به لانه لو كان له مال غيرها وهى تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت
سما المكاتبه لوقوع الاستغناء بها عن اداء المال فكان هذا بمنزلة ما لو عتق المولى مكاتبه ك (قوله فتغير لان
التغير غير فائدة وان اتحد الجنس لجزا ان يكون اداء اكثر المالمين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما ايسر لكونه
مالمكان التغير معتبرا

(قوله والظاهر ان الانسان الخ اقول لما منع ان يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المبصرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز ان تحتاج الى استحقاق حقيقتها عاجلا فيلتزم المال بمقابلتها نتائج (قوله لدلالة الارادة اى ارادة المطلق لان الظاهر انها انما هي الالف في مقابلة المطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا المطلقة الواحدة الباقية كذلك ههناك (قوله ادلا استحقاق الخ فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتبجير سقط حقه من بدل الكتابة ع (قوله اما المقدر وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة او قيمتها على قول ابي حنيفة وكذا على قولهما عيني (قوله مع سلامة الاكساب الخ جواب عما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببطل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد يكون الاكساب كثيرة تفضل بعد اداء البطل منها له جملة فقال الاكساب ثابتة له عيني (قوله لاننا نبقي الكتابة في حقه اى في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البطل للنظر والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب عيني (قوله لانه امتياز عن الاجل وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجر ذلك كان خمسمائة بدلا عن النى وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق

٢٥٥

التبجير عن الكتابة ولهما ان جميع البطل مقابل بثلاثي رقبتهما فلا يسقط منه شىء وهذا لان البطل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق مريته وصار كما اذا طلق امرأته فثنتين ثم طلقها ثلثا على الفى كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التى تليه لان البطل مقابل بالكل ادلا استحقاق عنده في شىء فافتقر قاقال (وان دبر مكانتيه صح التبجير) لما بينا (ولها الخيار ان شأوت مضت على الكتابة وان شأوت عجزت نفسها وصارت مديرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها ففى بالخيار ان شأوت سعت في ثأنى مل الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابى حنيفة وقالوا تسع في الاقل منهما فالحلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدر فمفتق عليه ووجه ما بينا قال (واذا عتق المولى مكانتيه عتق باعاقفه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزم والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لاننا نبقي الكتابة في حقه (قال وان كاتبه على الفى درهم الى سنة فصاحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسننا في القياس لا يجوز لانه امتياز عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقرب على الاداء الا به فاعطى له حكم المل وبطل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتد لا فلا يكون ربوا لان عقد الكتابة عقد من وجه ومن وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عتبه على الفى درهم الى سنة وقيمتة الفى ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة فانه يؤدى ثلثي الاقبن

والمعجل لم يكن مستحقا (قوله لانه لا يقدر الخ اى بالقدرة الميسرة وهي ما يوجب والباقى اليسر على الاداء لا القدرة الممكنة وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء وظاهر ان اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج من يد المولى فمفسا فممتنع الناس غالباً عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة نتائج

(قوله فله ان يؤخرها لانه لما جاز له ترك اصله جاز له ترك وصفه وهو التأجيل بالطريق الاولى قال صاحب العناية ولو قال لانه ان يترك الزيادة وثالث الالف فله ان يؤخرهما كان احسن عيني (قوله كما اذا خالع الخ اراد انه لو خالع امرأته في مرض موته على الف الى سنة جاز ولا مال له غيره ولم يجز الورثة التأجيل فانه يعتبر من ماله لانه لو تركه صح بان يطلقها بالبدل فصح تأجيله عيني (قوله يعتبر الثلث الخ فيقال له عنده عجل ثلثي القيمة والباقي عليك الى اجل عيني (قوله لما بينا اي من الدليل في الطرفين من قوله لان له ان يترك الزيادة الخ ن (قوله فاعتبر الثلث الخ اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلث القيمة لاني حق الاسقاط ولا في حق التأخير عيني (قوله باب من الخ لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكام ما يتعلق بالنائب فيها وقسم احكام الاصيل لان الاصيل في تصرف المبرع بنفسه ان يكون لنفسه (قوله كانت موقوفة لانه عقد جبري بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير كاتبا عيني (قوله لانه لا ضرر الخ وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البدل فاذا

٢٥١

والباقي الى اجله او يرد رقيقا) عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك لزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث المجمع بخلاف الخالع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمته الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقص البيع وعند يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الف ان ولم يجز الورثة يقال له اد ثلثي القيمة حالا او ترد رقيقا) في قولهم جميعه لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال (واذا كاتب الحر من عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفاهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق باذائه بحكم اشترط واذا قبل العبد صار مكاتب لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفاهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط له في موقوف وفي على اجازة العبد الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باذائه القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه رعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا) ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبنني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولا يثبه عليها

تبرع الفضولي باداء البدل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باداء البدل عنه فيعتق الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حكم لزوم الالف على العبد ك (قوله في حق هذا الحكم الندي هو موجب عقد الكتابة وهو متعلق عتق العبد على اداء القائل اعظمي

(قوله لانه تبع فيه وهذا بنقله على ان النظر في مجرد التبعية لا يعتبر بجهة الاصلية في انعقاد العقد
ع (قوله اما الحاضر الخ يعني اما الحاضر فلان البذل عليه فيجبر المولى على قبوله عند ادائه ويعتق الغائب ايضا
لنفوله في كتابة الحاضر تبعا كما في ولد المكاتبه او لما ذكرنا من التعليق ووجود الشرط واما اذا ادى الغائب
فانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبه وصغير
الرهن اذا قضى دين الرهن

٢٥٢

فان المرتتهن يجبر على
القبول لانه يستخلص به
ماله وهذا اولى لانه يستخلص
به نفسه ولا يكون للمولى
مطالبة على الغائب لانه
دخل في الكتابة تبعا كولد
المكاتبه ك (قوله وان
لم يكن الدين عليه فكذا
هنا يجبر المولى على القبول
من الغائب وان لم يكن
البذل عليه لانه محتاج الى
استفادة الحرية عينى (قوله
فليس ذلك الخ يعني
لا يؤثر قبوله في لزوم بطل
الكتابة عليه وكذلك
رده لا يؤثر في رد عقد
الكتابة عن الحاضر عينى
(قوله كاتب الامة الخ انما
وضع المسئلة في الامة اشارة
الى ان الحكم في العبد
والامة سواء فانه لو وضعها
في العبد لربما تورهم ان الجواز
لثبوت ولاية الاب عليها
فلا يجوز ذلك في الامة لعدم
ولايتها فان الام الحرة لا ولاية
لها فكيف بالامة ع (قوله
صغيرين انما قيد بالصغير
ليدل بذلك على ان لا اثر
لقبول الغائب اوردته ك

ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر
باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة
على هذا الوجه مشروعة كلامة اذا كوتبت دخل اولادها في كاتبتها تبعا
حتى عنقوا باذنها وليس عليهم من البذل شئ واذا امكن تصحيحه على هذا
الوجه ينفر دبه الحاضر فله ان يأخذه بكل البذل لان البذل عليه لكونه
اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البذل شئ لانه تبع فيه قال (وايهما
ادى عتقا ويجبر المولى على القبول) اما الحاضر فلان البذل عليه واما الغائب
فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البذل عليه وصار كصغير الرهن اذا
ادى الدين يجبر المرتتهن على القبول لمجاخته الى استخلاص عينه وان لم يكن
الدين عليه قال (وايهما ادى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينه
عليه والغائب يتبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى ان يأخذ العبد
الغائب بشئ) لما بينا فان قبل العبد الغائب اولى بقبول فليس ذلك منه بشئ
والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير
بقبوله كن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير مكمه حتى لو ادى
لا يرجع عليه كذا هنا قال (واذا كاتب الامة عن نفسها وعن ابنين لها
صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على
القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها اصيلا في الكتابة واولادها
تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهى اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قل (اذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكتب
نصيبه بالى درهم ويقبض بدل السدية فكاتب يقبض بعض الانفى ثم
عجز فالمال للذى قبض) عند ابى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما
وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تنجزى عنده خلافا لهما
بمنزلة الاعناق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده
لتنجزى وفائدة الاذن ان يكون له حق الغسخ كما يكون له اذا

(قوله وهى اولى الخ يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولد
اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح نتائج (قوله وفائدة الاذن الخ جواب عن
سؤال مقدر تقريره ان يقال اذا كانت الكتابة تنجزى فما الفائدة في اذن احدهما الاخر بالكتابة عينى
(قوله ان لا يكون الخ اى ليس الاذن لصاحبه لصحة كتابة نصيبه فان احدهما لو كاتب نصيبه بغير اذن
شريكه صححت ن

(قوله فيكون متبرعا بنصيبه عليه اي على المكاتب لانه لما اذن احدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكتوبا وبقي نصيب الاذن عبدا كما كان فعين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبدا كما كان من كسب المكاتب وما كان من كسب العبد فهو له مولاه فمتى اذن الذي لم يكاتب عبدا كما كان من كسب المكاتب فقد اذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له فيصير الاذن متبرعا بنصيبه بربكه بقبض بدل الكتابة فاذن له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه

٢٥٣

العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ك (قوله فلهذا اي لاجل كون الشريك الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عيني (قوله لعدم التجزى الخ ولا يلزم كتابة احدهما بدون اذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصرا عليه لان الكتابة انما تقتصر على احد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست لازمة بدليل ان الساكت يملك فسحها وهو بالازم فاشبهت التدبير ك (قوله فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولها حيث اخرج (قوله وصار نصيبه الخ بناء على ان الاستيلاد في المكاتبية يتجزى عند ابي حنيفة لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه وذلك لا يمكن لان الخ عيني (قوله ووطيه سابق فقصر ام ولد له من ذلك الوقت لان السبب هو الوطى عيني (قوله لان الخ عيني ك (قوله

لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقرض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقرض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال (واذا كانت جارية بين رجلين كانها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم ووطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهو ام ولد للاول لانه لم ادع احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبية لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كافي المدبرة المشركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق (ويضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه الاستيلاد (ونصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقبضة الولد ويكون امته) لانه منزلة المفرور لانه حين ووطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المقرض ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف وامكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وايهما دفع العقر الى المكاتبية جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لا اختصاصا بمنافعتها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا ينشئ به المكاتبية وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقاء مكاتبها واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني واطى ام ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير انه لا يجب المد عليه للمشبهة (ويلزمه جميع العقر ولا يجوز الخ اي لا يكون هن الرطى ووطئا يثبت النسب والافهم جواز الرطى بالاتفاق ك (قوله يجب تكميلها لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى عيني (قوله فتفسخ فيها لا ينشئ به الخ وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها في كونها ام ولد لها نفع فيه حيث لم تنفق فلا يستبدل بالبيع والهمة وتعتق مجانا بعد موت المولى ن (قوله فيما وراءه اي فيما وراء ما لا ينشئ به كونها اخص باكسابها واكساب ولدها ع

(قوله) واذا بقيت الخ متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه الخ مل (قوله) وفي ابقاء الخ يكون جوابا عما يقال الكتابة تنسخ فيما لا يتضرر به المكتبة هي لا تتضرر بسقوط نصف البهل فيها ان تنسخ (قوله) وان كان لا يتضرر الخ يعني ضرر المكاتب مانع من الفسخ وهذا المانع من الفسخ لا يوجب انتفاء المانع ووجود الشرائط والمقتضى فلا يصلح علة لجواز الفسخ مع ان البهل من جانب الولي متحقق وهو

﴿ ٢٥٤ ﴾

فوت النظر في حقه اعظمي (قوله) ويضمن الاول لشريكه في قياس الخ مراد المنصفي في لفظ الجامع الصغير ههنا ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله في مسألة الاعناق نتائج (قوله) في قياس قول ابي يوسف وهو قول ابي يوسف في مكاتب بين الشريكين اعتقه احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف نصف قيمته مكاتب فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكتبة ايضا وقيمة المكاتب نصف قيمته قناك (قوله) بخلاف النسب الخ يعني انما يشكل على قول الامام ابي حنيفة حيث يجوز استيلاد الثاني لا التدبير منه والفرق ان الثابت قبله العجز هو الملك بطريق الظاهر وذلك يكفي لثبوت النسب دون التدبير الا ترى انه لو اشترى امته واستولك ثم استخفت لم يبطل النسب وكان مر ابي حنيفة ولو دبرها فاستخفت يبطل التدبير

لان الوطى ولا يعرى عن احدي الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكتبة قيل يجب عليها نصف بهل الكتابة لان المكتبة انفسخت فيما لا يتضرر به المكتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البهل وقيل يجب كل البهل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البهل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكتبة بسقوطها والمكتبة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بابواب منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتبة) فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البهل على اعتبار الاداء للتردد بينهما يجب اقلهما قال (واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولك تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطى فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي ام ولد للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد والاول) لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا اقوالهم جميعا ووجه ما بينا قال (وان كانا كاتبها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقال لا يرجع عليهما) لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤ الاعناق وقد قررناه في الاعناق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعناق لما كان بتجزؤ عنده كان اثره ان يجعل نصيب

فبهذا افترقا مل (قوله) وفي الخيارات عند ابي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث (غير ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الفضل مع اليسار والسعاية مع الاعسار) (قوله) وغيرها وهو الولاء فان عند ابي حنيفة ان اعتق الساكت لو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن العتق فالولاء للمعتق وعندهما الولاء للمعتق في الرجعين جميعا ك

(قوله فيختلف الخ والقياس ان لا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان اثنان الا ان استحسننا وقلنا ان
المعتق باثر السبب اى لما اعتق المعتق نصيبه صار اعتناق نصيبه سببا لاتلاق نصيب صاحبه دون العلة
فيكون هذا ضمان السبب وهو مبنى على صفة التعدي ففيما اذا كان المعتق موسرا الايمن الضمان لانه
يمكن من اعراز الثواب بواسطة اعتناق عبد آخر فاذا اعتق العبد المشترك يكون متعديا وفيما اذا كان
معسرا ليس له اعراز ثواب

﴿ ٢٥٥ ﴾

غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكتوبة قبل ذلك
وعندهما المالك لا يتجزأ يعتق الكل فله ان يضمه قيمة نصيبه مكتوبا ان كان
موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار
والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر
وهو موسر فان شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان
شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم
يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد ويعتق) وهذا عند ابي حنيفة
وروجه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن بنفسه نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتناق والتضمين والاستسعاء
كما هو منه به فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن بنفسه نصيب شريكه فله
ان يضمه قيمة نصيبه وله خيار الاعتق والاستسعاء ايضا كما هو منه به
ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتناق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر
تعزف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع
ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتناق وتوابعه والفائت البيع
فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يملكه بالضمن لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما او لا كان للاخر
الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار
الاعتناق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى (وقال ابو يوسف ومحمد
اذا دبره احدهما فعنف الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب
صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا) لانه ضمان
تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قن لانه
صادف التدبير وهو قن (وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل

المعتق طريق آخر سوى
هذا فلم يكن متعديا ك
(قوله لم يبق له خيار الخ
لان اثر التضمين ان يملك
الضامن نصيب المضمن
والمعتق لا يملك بل (قوله
وايكن يفسد به الخ اى
باعتناق المعتق نصيبه
بفسد نصيب المدبر لانه
كان قبل اعتاقه يملك
الاستخدام والاستعلاء وكان
لا يجبر على الاخراج الى
المعتق فبعد اعتناق المعتق
يكون المدبر مجبرا على
الاخراج الى المعتق ويكون
بمنزلة المكاتب ويكون
مخصا با كسابه ك (قوله
واشباهه في كونه خارجا
عن الملك كالهبة والصدقة
والارث والوصية ع (قوله
وامثاله في كونه انفعالا
بالمنافع كالاجارة والاعارة
والوطى ع (قوله وتوابعه
وهي الكتابة والاستيلاء
والتدبير والاعتناق على

مال ك (قوله واذا ضمنه لا يملكه بالضمن لان هذا ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان
تملك فانه بالاعتناق ازال به الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب ك (قوله لم يبق له الخ لانه
بمباشرة التدبير يصير مبرا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قن عند اعتناق المعتق فكان تضمينه
ايامه متعلقا بشرط تملك العين بالضمن وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا
عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه عنابه

(قوله علقه اى علقه على رضى الله عنه بهذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله وهذا لا يعرف قبلا من
المروى عنه عليه السلام عيني (قوله بهذا الشرط ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط
ليس بناهض لانه يفيد الوجود وعند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين
والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قل ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ع (قوله حتى
كان احسنه اى احسن عقد الكتابة مؤجلة والمراد ان التأجيل ٢٥٦ و التنجيم احسن من الكتابة
الحالة وان كانت الحالة
جائزة عندنا عيني (قوله
ما توافق الخ فاذا مضى النجم
الثاني تحقق العجز فيوجب
الفسخ عيني (قوله بخلاف
اليومين الخ جواب عما
يقال اذا كان مقصود المولى
الوصول الى المال عند
حلول نجم كان ينبغي ان
يمكن عن الفسخ من غير
امهال عيني (قوله فان
المروى عن ابن عمر الخ
قلت غريب وروى ابن
ابى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع
وابن ابى ربيعة عن ابان بن
عبد الله الجبلى عن عطاء بن
ابن عمر كاتب غلاء له على
الف دينار فاذا اها الامانة
فرده فى الرق انتهت
(قوله فسقط الاحتجاج بها
اى بالاثار المتعارضة لان
الحديثين اذا تعارضا وجعل
تاريخهما تساقطا فيصار
الى ما بعدهما من الحقبة فىقضى
ما قالا من الدليل من ان
سبب الفسخ قد تحقق الى
آخرة سالما عن المعارض
فيثبت الفسخ به (قوله
فان اهل الخ المراد بالاحلال
هنا ترك اداء وظيفة بل

لان الاعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو معتق
وبعضه نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد فى ذلك ان كان معسرا
لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عند هذا

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم فى حاله فان كان له دين يقبضه
او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين او الثلاثة) نظرا
للعاجزين والثالث هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كما مال الحصم المدفع
والمبايون للقضاء فلا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله
عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يعجزه مسمى ينوالى عليه نجمان) لقوله على رضى اذا نوالى على المكاتب
نجمان رد فى الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد رفاق حتى كان احسنه
مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار او اولى
المدممات توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز
لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز من اداء نجمين وهذا لان
مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقت فاق فيفسخ اذا لم
يكن راضيا به وانه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لا مكان الاداء
فلم يكن تأخير او الآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى ان
مكاتبه له عجزت عن اداء نجم واحد فدها فسقط الاحتجاج بها قال (فان اخل بنجم
عند غير السلطان فعجز فرده ولا يبرضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ
بالتراضى من غير عنر فبالعذر اولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء
بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرديب العيب بعد القبض
قال (واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق) لان فسخ الكتابة (وما كان فى يده
من الاكساب فهو مولا) لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقفا
عليه ارفعى مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال

الكتابة فى الرق الذى اتفقا على تعيينه فى اداها ع (قوله كان موقفا عليه اى محبوسا) (لم يفسخ)
عليه ليصير له فى العاقبة كالمال الموقوف يصير ملكا للموقوف عليه باءا المولى اليه او كان محبوسا
على مولاه ليصير له فى العاقبة فالاول عند اداء النجم والثاني عند العجز وان جعل على بمعنى اللام
فالمقصود ايضا ما ذكرنا اعظمى

(قوله) ولان المقصود الخ عطف على معنى قوله وامامه في ذلك زيد بن ثابت كانه قال لا فرق بين ثابت
ولان المقصود بالكتابة الخ نتائج (قوله) لعدم المحلية وذلك لان الميت ليس بمحل للعنف ابتداء
لما في العنف من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت كـ (قوله) لفقد الشرط اي لانه مشروط
بالاداء والغرض عدمه فيلزم وجود المشروط بدون الشرط عـ (قوله) ولا الى الثالث الخ ولا يجوز ان
يستند الى حال حيوته لان

﴿ ٢٥٧ ﴾

في اسناده الى حال حياته
اثبات العنف المتعلق
بالشرط قبل وجود الشرط
وهو الاداء كـ (قوله) عقد
معاوضة قيمته استنزا
عن النكاح والوكالة وغيرها
نـ (قوله) عقد معاوضة
وذلك لانه ثبت للمالك
مالكية اليد والمسئولية
المطالبة ببطل الكتابة وقضية
المعاوضة المساواة
ولانتسخ الكتابة بموت
المولى فكذا بموت المالك
كـ (قوله) بل اولى لان
النسب استنقه المولى قبل
العبد ليس بل لازم حتى اذا
عجز العبد نفسه عن اداء
البطل يبطل والنسب استنقه
المالك قبل المولى لازم
حتى لو اراد ان يبطل ليس له
ذلك بل (قوله) والموت
انفى الخ لان المملوكية عبارة
عن العنصرية والمقهورية
والمالكية عبارة عن القادرية
والقاهرية ولهذا يوصف
المجاذ بكونه مملوكا لا يوصف
بكونه مالكا والموت انفى
للقادرية والقاهرية منه
للمقهورية والمقهورية فاذا

لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعنقه في آخر جزء
من اجزاء حيوته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده) وهذا
قول على وابن مسعود رض وبه اخذ علمائنا وقال الشافعي تبطل
الكتابة بموت عبد او مترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض ولان
المقصود من الكتابة عنقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستند الاوجه الى
الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث
لتعذر الثبوت في الحال والشئ يثبت ثم يستند لثباته عقد معاوضة
ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع
بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه أكد من حق
المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية عنه للمملوكية فينزل
حيا تقديرا او تستند الحرمة باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
ويكون اداء خالغه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرفت تمامه في الخلافات
قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة
ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعنقه ابيه قبل موته وعنف الولد) لان الولد
داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وضار كما اذا ترك وفاء (وان
ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدى بطل الكتابة حاله او ترد رقبة)
عند ابى حنيفة واما عند همام وده الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة
والجامع انه مكاتب عليه تبعه وله ان يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه
ولا بى حنيفة وهو الفرق بين الفضلين ان الاجل يثبت شرط في العقد فثبت
في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضاف اليه العقد
ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت
الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فان
اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته في آخر
جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه

بما باقيا العقد مع اقوى (جلد الثاني) (الهادية مع السكافيه) ١٧
المقنين اي حق المولى فلان يبقى العقد مع ادنى المنافيين اي موت العبد لاعلى المقنين اي حق العبد اولى
وامرى كـ (قوله) وتكون الخ اي فان قيل يلزم تقدم الشرط على ان يثبت عنه المصنف بقوله ويكون اداء
خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا ينسبوههم ان العنف ينقسم على الاداء بطل يتقدم الاداء قبل
العنف ع

(قوله مكتابة واحدة قيد بقوله كناية واحدة احترازاً عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعينه واحداً
الولد ان كان منفرداً بكتابة فاداهما بعد الموت لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق ومن قتل اذله
البطل مقصوراً عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في مقههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبداً عنصرت
ابيه فلهذا لا يرثه كـ (قوله جعلاً كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة هذا لان الكتابة لما كانت واحدة
ونجومها واحدة فانها يعتقان

﴿ ٢٥٨ ﴾

معا ان ادياه ويرد ان معا
في الرق ان لم يؤد يا وقد
عتق العبد في آخر جزء من
اجزاء حياته فيعتق
الابن معه في تلك الحالة
فيرثه لذلك كـ (قوله فان
مات المـ كاتب الخ ذكر
هذه المسئلة والتي بعدها
لبيان الفرق بينهما
وصورتها مكاتب مات وله
ولد من امرأة مـ وترك ديناً
على الناس وفاء بمكاتبه
فالكتابة باقية وولاء العبد
لموالى الام ابقاء الكتابة
فلما له من المال المنتظر لان
الدين باعتبار ماله مال
ولكن لا يحكم بعتقه حتى
يؤدى البطل وامان الولاء
لموالى الام قلانه لما لم يحكم
بعتقه لم يظهر للولد ولاء
في جانب الاب عـ (قوله
وترك ديناً الخ قيد به لانه
لو كان عبداً نقداً لا يتأتى
القضاء بالالحاق بموالى الام
لانه يمكن ان يؤدى المال في
الحال ويلحق بمولى الاب
حميديه (قوله فيجبر الولاء
الخ لان الولاء لحمية كلحمية
النسب والنسب انما يثبت

في الكتابة فيكون هذا امر ابرث عن مـ (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيراً فهو تتبع لابيـ وان كان كبيراً جعلاً كشخص
واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال (فان
مات المكاتب وله ولد من مرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنس الولد فقضى به على
عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم
الكتابة لان من قضيتها للحاق الولد بموالى الام واجاب العقل عليهم لكن على
وجه محتمل ان يعتق فيجبر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه
لا يكون تعجيزاً (وان اختص موالى الام وموالى الاب في ولاءه فقضى به
الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلافي في الولاء متصوداً وذلك بينى
على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء
على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاء
الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينقذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا
كان تعجيزاً قال (وما دى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو
طيب للمولى لتبطل الملك) فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضاً
عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها
صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغنى والهاشمى لان المباح له
ينسأله على مملك السبيح ونظيره المشتري شراء
فاسداً اذا اباح لغيره لا يطيب له ولوم لكنه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى
المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبطل الملك
عنده وكذا عند ابى يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه
لا يثبت في نفس الصدقة وانما البحث في فعل الاخذ لكونه اذلالاً به فلا يجوز
ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد
من المولى فصار كبن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى
وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا
اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال

من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته كما منه اذا اكتب الملاعن نفسه ما
النسب اليه فكذلك الولاء عـ (قوله وان اختص الخ صورتها مات هذا الولد بعد الاب واختم
موالى الاب وموالى الام فقال موالى الام مات رقيقاً والولاء لنا وقال موالى الاب مات حراً والولاء لنا فقضى
لولا له لمولى الام فهو قضاء بالعجز وصح المكتابة ع

(قوله) فانه يدفع الخ الى المولى بالخيار ان شاء دفع العبد الى ولي الجناية بالجناية وان شاء فداء بارش الجناية
 تبين (قوله) وان قضى به اى به موجب الجناية عليه اى على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اى ما قضى به
 من موهبا دين في ذمته يباع فيه ع (قوله) لانتقال الحق الخ يعنى ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب
 الاصل وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء ع (قوله)
 انعمت الخ هذا القول وقوله ٢٥٩

السابق لا انتقال الحق من
 الرقبة الخ يشعر الى ان
 الواجب هو القيمة لا الاقل
 منها ومن ارش الجناية
 وهو مخالف للروايات وعلى
 هذا يكون تأويل كلامه
 اذا كانت القيمة اقل من
 ارش الجناية ع (قوله) كما
 في جناية المدبر وام الولد
 فان في جناية المدبر وام
 الولد يجب على المولى
 الاقل من قيمتهما ومن ارش
 الجناية ع (قوله) ولنا ان
 المانع الخ الحاصل ان
 جناية المكاتب عندنا لا
 يصير مالا الا القضاء او برضاء
 او بالموت عن وفاء وعند
 زفر يصير مالا في الحال له
 ان المانع الخ ولنا ان
 الاصل في جنابات العبيد
 وجوب الدفع الا ان يتعذر
 التسليم لوجود المانع عن
 الانتقال من ملك الى ملك
 والمانع ههنا قابل للفسخ

(واذا جنى العبد فكاتبه مولا لم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفسخ) لان
 هذا موجب جنابة العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجنابة عند الكتابة حتى
 يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم
 الاصل (وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بيناه من
 زوال المانع (وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه)
 لان انتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
 وقمر جمع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء
 وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما
 وقعت انعمت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
 قابل للزوال للتعدد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء والرضاء
 وصار كالعبد المبيع اذا ابقى قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده
 واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان
 الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كيلا يؤدي
 الى ابطال حق فلنكتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرحوم (وقيل
 له اذ المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا
 الوجه والسبب انعمت كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة
 يخلفونه في الاستيفاء (فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه
 وهذا لان المكاتب لا يملك بشار اسباب الملك فكذا بسبب الورثة فان اعتقوه
 جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم
 ولنجري فيه الارث فاذا ابرى المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه
 المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا جعله ابراء
 اقتضاء نصيبه عتقه والعتق لا يثبت بابرام البعض او ادائه في المكاتب
 لاقى بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

والزوال فلما كان المانع من ردده لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى
 (قوله) اذ الكتابة سبب الحرية وحرية حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرحوم حقه لا قضاء الى حصوله
 الكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنسخ كيلا يؤدي موته الى ابطال حق غيره عنابه (قوله) الا ان الورثة
 يخلفونه اى بهذا القدر لا يتغير الحق كما اذا كان دين على الرجل ومات رب الدين فورثه يخلفونه
 بالاستيفاء ويبرأه بالاداء اليهم حيث يبرأ اذا ادى الى المورث ك

(قوله ولا عتاقة) اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا بصنعه وهو الاعتاق او ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء الغريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صنعه بان ورث قريبه وسبب اعنته تطوعا وعن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسبب الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال سواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسبب ان صريحا او ما يجري مجرى

الصريح او كتابة او ما يجري مجرى الكتابة وكذا العتق الحاصل بالتبدير والاستيلاء بدائع (قوله ويسمى ولاء نعمة اقتداء بقوله تعالى واذا تقول للذي انعم الله اى انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه اى بالعتق وهو زيد كفاي) قوله وسببه العتق لا الاعتاق لان بالاستيلاء وارث الغريب يحصل العتق بلا اعتاق واما حديث الولاء لمن اعنت فجرى على الغالب در مختار (قوله في تصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله عليه السلام الولاء لمن اعنت وانما كان صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالورثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه ع (قوله بالورثة كما لو مات ابيه وهو مالك لاختيه لانه در المختار (قوله ولهذا يقال بيان سبب النوعين لان كلا منهما مضاف الى

(قال الولاء نوعان ولا عتاقة ويسمى ولا نعمة وسببه العتق على ملك من الصحيح حتى لو اعنت قريبه عليه بالورثة كان الولاء له ولا موالاة وسبب العتق ولهذا يقال ولا عتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالخلق قال (واذا اعنت المولى مملوكه فولاء له) لقوله عليه السلام الولاء لمن اعنت ولان التناصر به فيعتقه وقد احياء معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات عتق لابنة حمزة رض عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعنت) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعلم مولى) لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعلم مولى لان فعل الوصى بعلم مولى كفعاله والتركه على حكم ملكه) وان مات المولى عتق مبرره وامهات اولاده لما بينا في العتاق (ولاءهم له) لانه اعنتهم بالتبدير والاستيلاء (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (ولاءه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجلا لآخر فاعتق مولى الالة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها ولقاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابد لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولقاءه) عنه عملا بما روينا (وكذلك اذا ولدت ولد الاقل من ستة اشهر) للمنيق بقيام الحمل وقت الاعتاق (او ولدت ولد من احد هما الاقل من ستة اشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبل والزيج والى غيره حيث يكون

شيء والاضافة تدل على السببية كما عرفت في الاصول ع (قوله والمعنى فيهما الخ مراد المصنف (ولا بهن القول بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر نتائج (قوله وكانت العرب الخ بيان وجود التناصر فيه فان العرب كانت تناصر بهما وبالخلق وبغيرها ع

قوله غير قابل لهذا الولاء الخ بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتناق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعبارة صار مقصودا لا يمكن ان يجعل تابعا لغيره في الولاء عليه كـ (قوله بخلاف ما اذا الخ لما توفى قوله فاذا صار املا عا د الولاء اليه بما اذا اعتقت الممتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب مات من غير وفاء واعتقت الممتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام

٢٦١

ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان نمائه بالاجاب والقبول وهو ليس بمحل له (قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولد افلاؤه لموالى الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيبعضها في الولاء لم ينشأ ببقائه وقت الاعتناق حتى يعتق مقصودا (فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمه كلمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار املا عا د الولاء اليه بمنزلة كولد الملاعة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكتب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت الممتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطى وبعد الطلاق الرجعى لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فعنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقله لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد الملاعة على ما ذكرنا (فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بيننا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلا (لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكتب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولد اولادها لموالىها عند ابى حنيفة قال رضى الله عنه وهو قول محمد وقال

ولم ينتقل الولاء عنهم وان اعتق الاب العبد فالجواب ان العود اليه العود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الخ عـ (قوله لاقل من سنتين وفي بعض النسخ لاكثر من سنتين والمصحيح من الرواية لاقل من سنتين بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعى لما انه يصير مراجعا وقد مر في كتاب الطلاق اى المعتدة عن طلاق رجعى اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقننا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لاقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لانه لو حمل على وطئه في العدة يصير مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا والمراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك كـ (قوله لتعذر الاضافة الخ اى لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالة من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان بالشافعية الوطى بعن واما اذا كان رجعا فلم لا يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتناق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل معراج الدراية (قوله وفي الجامع الصغير الخ ذكر نفاذ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقد وبيان الفرق بينه وبين ولد الملاعة عـ (قوله وقال ابو يوسف الخ ثمرة الاغصان تظهر فيها اذا مات هذا الولد وترك عنه وغيرها من ذوى الارحام ومعتق امه او عصبه فعقها كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابى يوسف يكون لذوى الارحام تعيين

(قوله حكمه حكم ابيه فلا يكون هاليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوى ارحامه كما اذا كان الاب غنيا والام معتقة فانه لا يكون ولاءه لمولى امه لان النسب الى الآباء ع) (قوله بخلاف الخ اى فان قيل لما لم ينسب الى الآباء وجب ان يستوى الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك هالك وهذا المعنى معهود ان كان الاب حر لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه ع) (قوله لانه هالك معنى لانه لا يملك

﴿ ٢٢٢ ﴾

شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موث حكى قال الله تعالى او من كان ميتا فامينا ه اى كافرا فهدىناه فصار هذا الولد كانه لآب له فينسب الى موالى الام ضرورة نت (قوله ولو كان الخ راجع الى اولى الخلاف يعنى اذا كانت الام معتقة والاب والى رجلا فيه من الخلاف وامسا اذا كان الولدان معتقين فقد اجمعوا على ان النسبة فى حقيقة النسب الى قوم الاب فيضانى الولد الى الاب فى الشرف والنداء فكذلك فى الولا ع (قوله وشرك لانه ارسل اليك بعض الثواب فى الدنيا فينتقص بقدره فى الآخرة من الثواب (قوله فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله فى الآخرة ع) (قوله مع قيام وارث هو بنت الميت وذلك لان النبى عليه السلام اعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة عيني (قوله يقدم على ذوى الخ لان النبى صلى الله عليه وسلم قدمه على الرد

ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قرى معتبر فى حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاية فى النسب فى حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاية فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاية والعقل لما ان تناصرهم بها فاغتت عن الولا قال رضى الله عنه الخ لى فى مطلق المعتقة والوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا (وفى الجامع الصغير نمطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم اسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليتهم موالى اهام وقل ابو يوسف مواليتهم موالى ابيهم) لان الولا وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ ولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى ان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانها استويا والنرجس لجانبه لشبهه بالنسب اولان النصرة به اكثر (قال ولاء العتاة تعصب وهو احق بالميراث من العدة والحالة) لقوله عليه السلام للنبى اشقرى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشركك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبة وورث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث اذا كان عصبة يقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رض فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى من المعتق لان المعتق اخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام لم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتاخر عن العصبة ذوى الارحام (قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فهو وارثه للمعتق) وتأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذوال مال اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على حيث ورث ابنة حمزة وما رد الباقى على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الرحم ك (قوله بدليل الحديث الثانى وهو توريت ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق كفاية (قوله وتأويل قوله فيميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب ولا صاحب فرض ذوال مال اى له فرض لا غير اما اذا كان صاحب فرض له مال تعصب ايضا لاشى للمعتق ولو كان له صاحب فرض له الباقى بعد فرضه لانه عصبة كفاية

(قوله لان العصبه الخ تقريره ان العصبه من يكون انتصار القبيلة به وبالموالى يكون الانتصار على مامر
فاول كتاب الولاء هو قوله وكان العرب تناصر باشياء وقرء النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء
بنوعيه (قوله والعصبه يأخذ الخ تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبه والعصبه يأخذ الباقي
ع (قوله وصورة الجر قسماها وهي ما ذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى
ان قال جر الاب ولأم ابنه وصورة

٢٤٣

ماروبينا وهذا لان العصبه من يكون التناسل به لبيت النسبه وبالموالى
الانتصار على مامر والعصبه يأخذ ما بقى (فان مات المولى ثم مات
المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته) لانه ليس للنساء من الولاء
الاما اعتنق اراعتق من اعتنق اوكاتب من كاتبن) بهذا اللفظ
ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي آخره اوجر ولأم
معتنق وصورة الجر قسماها ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق
من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاهما بخلاف
النسب لان سبب النسبه فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة
مملوكة لالمالكه وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل
هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون
النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء لابن عند ابي حنيفه
ومحمد لانه اقربهما معصوبه وكذلك الولاء للمعتق دون الاخ عند ابي
حنيفه لانه اقرب في العصبه عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى
يرثه دون اخيها لما ذكرنا الان عقل جنائيه المعتق على اخيها لانه
من قوم ابيها وجنائيه كجنائيتها (ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر) معناه بنى
ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لان الولاء للكبير)
هو المروى عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم
اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى اقرب (فصل) في ولأه الموالاة
قال (واذا اسلم رجل على يد رجل واولاده على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم
على يد غيره واولاده فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه
للمولى) وقال الشافعى الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا
تمح في حق وارث آخر ولهذا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصى
وارث لمحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت
ابنائكم فاتوهم نصيبهم والايه في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر واولاده فقال هو حق الناس به
محمياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في حالتين هاتين ولان ماله حقه

جر ولا معتقهن تزوج عبد
امرأة باذنهما بمعتقة قوم
فولدت منه اولادا فولاء
الولد يكون لمولى الام فلو
ان المرأة اعتقت هذا العبد
جر العبد ولأم الولد الى
نفسه وجرت هي ذلك
الى نفسها وصورة جر ولأم
معتق المعتق امرأه
اشترت عبدا واعتقه ثم ان هذا
العبد الثاني تزوج بمعتقة
قوم فولدت منهم ولدا
فولاء الولد لمولى الام
فلو ان المعتق اعتق هذا
العبد جر هذا العبد ولأم
ولده ثم جر المعتق الاول
ذلك الى نفسه ثم جرت
المرأة ذلك الى نفسها ك
(قوله ولان ثبوت الخ دليل
ان عقل على ان ليس
للنساء من الولاء اما اعتنق
اواعتق من اعتنق الخ عيني
(قوله بخلاف النسب اى
لا ينسب الولد الى ام يعنى
ان ولأه العتاقة يثبت من
جانب النساء ولا يثبت
النسب من جانب النساء
ووجه الفرق ان سبب النسبه
بالولاء احد اثبت قوة المالكه

بالمعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش
هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة فلا يعارض المالك في استحقاق النسب اما الجر والمرأة في نسبه العتق
على السواء ك (قوله لابن المعتقة الخ اى امرأة اعتقت عبده ثم ماتت وترك ابنتها واخاها ثم مات العبد
ولا وارث له فميراثها فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا من ان الابن اقرب في العصبه ع

(قوله لانه مستحق لانه ورثه بيت المال مجهول اعيانهم وهو لا يصلح مستحقا لما عسرى في ملكه
المستحقات ن (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره بالشرط
الارث من المجانبيين كان كذلك وينوارثان من المجانبيين بخلاف ولا المعلقة فانه يورث الاعلى من الاسفل
لان سببه الاحياء واذا وجد من الاعلى في حق الاسفل لامن الاسفل في حق الاعلى وهما السبب والنفق
والشرط فعلى الوجه الذي

﴿ ٢٦٤ ﴾

وجد الشرط يثبت الحكم
ك (قوله كما ذكر في الكتاب
اشار به الى ما ذكره القدرى
في مختصره بقوله واذا السلم
الرجل على يد رجل ووالاه
على ان يرثه ويعقل عنه
نفاذ (قوله لان تناصرهم
الحق فان قلت ان التناصر
حكمه وهي لاتراعى في كل
فرد وانما تراعى في الجنس
كافي الاستبراء فان الحكمه
فيه فراغ الرحم وانما تعتبر في
الجملة لاني كل فرد حتى لا يجب
الاستبراء في من اشترى من
امراة او اشترى امة صغيرة
قلنا التناصر لاحكمه فان
قيل العلة لابد ان تكون
موجودة والتناصر قد يوجد
وقد يوجد لا يوجد قلنا
التناصر علة بكون وجودها
تحقيقا او تقدير الغيا م سببه
ك (قوله الا انه يشترط
الخ فان فسح احدهما هذا
العقد بغير محضر من صاحبه
ينضمون اضرارا بصاحبه اما
اذا كان الفسخ من الاسفل
فلانه ربما يموت الاسفل
فيصحب الاعلى ان ماله
صار ميراثا له فينصرف فيه

فيصرفه الى حيث شاء والمصرف الى بيت المال ضرورة علم المستحق لانه
مستحق قال (وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرها
من ذوى الارحام) لان الموالاة عقد مما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة
قال (ولما ولي ان يتعقل عنه بولاه الى غيره مالم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم
بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولاته لعدم الملزوم الا انه يشترط
في هذا ان يكون به محضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي
في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولاه الى غيره) لانه
تعلق به حق الغير ولانه قضى به القضاى ولانه بمنزلة عوض له
كالعوض في الهبة وكذا اذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن
كل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قل
(وليس لمولى العنقة ان يوالى احدا) لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الاذى

كتاب الاكراه

(الاكراه يثبت حكمه اذا حصل من يقدر على ابتغاء ما يوجب به سلطانا كان
اولها) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته ومنه انما يتحقق اذا حاق المكره بتحقيق ما يوجب به وذلك انما
يكون من القادر والسايطان وغيره سيما عند تحقق القدرة والنسب قاله
ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنفعة له والقدرة لا يتحقق
بدون المنفعة فقد قالوا هذا اخلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم
يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما
تشرط قدرة المكره لتتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدده
وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى اليه من الفعل

فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعنف عبدا على حساب (قال
ان عقل عبده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل بدون عليه فيتنصر كذا
في النهاية ومعراج الدراية نقل عن النخبة نتائج (قوله كتاب الاكراه الخ قيل في مناسبه ان الولاء
من آثار العنق والعنق لا يؤثر فيه الاكراه فاسب ذكره عقبيه اولاه فادر كالموالاة در الافتار

(قوله) وإذا أكره الخ والاصل ان تصرفات المكره قولاً منقذة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه
كلبيع والاعارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعنق والتكاح والتدبير والاستيلاء فهو لازم كـ
(قوله) او بالضرب الخ قال في المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكره ما يجزى الاغنياء البين به وفي الضرب
الذي هو اكره ما يجزى منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير
بالرأى لا يكون ولكن ذلك على ٢٤٥ قد مر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى انه اكره بطل
الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس كـ

قال (وإذا) اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقرر رجل
بالف او يوافق دأيره ما كره على ذلك بالغفل او بالضرب الشديد او بالحبس
بيع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع
لان من شرط صحة هذه العقود التراضي **قال الله تعالى** الا ان تكون تجارة
من قراض منكم والا كراهة هذه الاشياء وعدم الرضا فتفسد بخلاف ما اذا
اكره بضرب يوطر حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة
فلا يتحقق به الا كراهه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستتر
به لغوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجع جنبه الصدق فيه على جنبه
الكنب وعند الاكره يحتمل ان يكتب لدفع البضرة ثم اذا باع مكرها
وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على
الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قيل الاجازة لا يفيد الملك ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لغف شرطه وهو
التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو
قبضه باعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر
البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكره وعدم الرضا
فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدي ولم يرض
البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لم يفسد في الشرع وقد
تملف بالمبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما
سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع
المجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره
لان الفساد لغوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المنة فاقدين ومنهم
من جعله باطلا اعتبارا بالمازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا مجائزا
مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان
قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف
وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكره على البيع لا على
الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع

الفعل والضرب الشديد والحبس الشديد نتائج (قوله) الا انه الخ استثناء من قوله كما في سائر
البياعات الفاسدة فان فيه اذ باع المشتري ما اشترى بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا
لا ينقطع الخ (قوله) ومن جعل الخ ذكر بيع الوفاء في كتاب الاكره وذكر القول بالفساد اولا يشعر بان
الفساد عند الفساد ثم ان تفسير الجواز في قول مشايخ سمرقند بافادة بعض الاحكام صريح في انه ليس
بائرا مطلقا لانه في قوة الفساد المفيد لبعض الاحكام اعظم

(قوله حيث يكون باطلا اي فاسدا يوجب الملك بغير القبض كالهبة الصبيحة بناء على اصلها ان
السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه فقد تصرفه وعليه ضمان قيمتها ع (قوله هل يملك
الاصل يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض او الاصل
من العوارض فلم يكن الا كراه على البيع ا كراه على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وذاد دليل الاصل
اما الهبة في اصل الرضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض ﴿ ٢٤٦ ﴾ فكان الا كراه على الهبة كراه

فروهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكرة الاستحقاق لا مجرد
اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل ففسل
الدفع في الا كراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك
باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان ملك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره من قيمته للبائع) معناه والبيع مكره لانه
مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره ان يضمن المكره ان شاء) لانه آلف له فيه
يرجع الى الاتلاق فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايها ما شاء كالغاصب
وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام
البائع وان ضمن المشتري فغفل كل شرا كان بعد شرائه لو تناسخت العقد لان
ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا يتغنى ما كان قبله لان الاستناد الى وقت
قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله
وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

﴿ فصل — بل ﴾ (وان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره
على ذلك بجبس او بضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره
عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير) لان تناول هذه المعومات انما يباح
عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام) المعمر فيما وراءها ولا ضرورة
الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب
الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك (ولا يسعه ان يصبر على ما توقعه
به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه ابيع كان بالامتناع معاوما
لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه
لا يأثم لانه رخصة اذ المحرمة قائمة فكان آثما آثما بالعزيمة قلنا حالة
الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثبوت فلا محرم فكان
اباحة لارخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف
المحرمة غفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام
او في دار الحرب قال (وان اكره على الكفر بالله تعالى والعبادة

على الدفع نظرا الى مقصود
المكره وهو حمله على شيء
يتعلق به الاستحقاق وازالة
الملك ليتضرر به لاصورة
العقد كفايه (قوله ان كان
قائما الخ وان كان هالكالا
ياخذ منه شيئا لان الثمن
كان امانة عند المكره لانه
اخذه باذن المشتري
والقبض متى كان باذن
المالك فانما يجب الضمان
اذا قبضه للتملك وهو لم
يقبضه للتملك لانه كان مكرها
على قبضه فكان امانة ك
(قوله فيما يرجع الى الاتلاف
اي وان لم يصلح آلفه من
حيث انه كلام لان التكلم
بلسان الغير لا يصح ك (قوله
لقيامه مقام البائع اي اداء
الضمان لان المضمون يصير
ملكا للضامن وقت سبب
الضمان ك (قوله بخلاف
الخ اي فان قيل ما الفرق
بين تضمينه مشتريا اجازته
عقد امنها حيث اقتصر النفاذ
هنا على ما كان بعده وعم
الجميع هناك اجاب بقوله
لانه اسقط حقه يعني في صورة
الاجازة وهو الخ ع (قوله
لانه لما ابيع الخ اي لانه

في هذه الحالة مباحة على ما بينا واهلاك النفس او العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم تبين (بانه)
(قوله لانه رخصة الخ يعني ان الاثم يفتى عن المضطر ولا ينكشف المحرمة بالضرورة قال الله تعالى ومن
اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ك (قوله لارخصة فامتناعه عن تناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال
حتى تلفت نفسه او عضوه فكان آثما لانه اذا علم الخ ع

(قوله بعد الخ اي الى طمانينة القلب لالي اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا لان ادنى درجات الامر الابامة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا يتكشف حرمة ع (قوله لا يفوت الايمان الخ لان الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والافرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد بيقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء

﴿ ٢٤٧ ﴾

بالله اوسب رسوالله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او بجس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما رفق الكفر وحرمة اثم ادلى واخرى قال (فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امر به ويورى فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) الحديث عمار بن ياسر رضى حيث اقبل به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عاد وافعد وفيه نزل قوله تعالى الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لغيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل لم يظهر الكفر كان مأجورا) لان غيبا رضى صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسوالله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هور فيقى في الجنة لان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال (وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كافي حالة المغمصة وقد تحققت (ولصاحب المال ان يضمن المكروه) لان المكروه آلة للمكروه فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وان اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما قلنا بهذه الضرورة (والقصاص على المكروه ان كان القتل عمدا) قال رضى وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكروه وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعى يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكروه حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكما وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعى في جانب المكروه ويوجهه على المكروه ايضا لوجود النسب بين القتل منه والنسب بين هذا حكم البشارة عنده كافي شهود القصاص ولا يي يوسف ان القتل بقى

حقه ع (قوله صبر على ذلك الخ قلت غريب وقتل خبيب في صحيح البخارى في مواضع وليس فيه انه صلب ولا ان النبي صلى الله عليه وسلم سماه سيد الشهداء ولا انه قال فيه هور فيقى في الجنة والمعروف في قوله عليه السلام سيد الشهداء انه في حمزة رواء الحاكم في المستدرک وقصة قتله انه اخذه بنو لحيان وربطوه وباعوه في مكة من بنى الحارث بن عامر بن نوفل وكان خبيب قتل الحارث يوم بدر فمكث عندهم اسيرا ثم خرجوا به من الحرم ليقتلوه فحلى ركعتين ثم قام اليه عقبة بن الحارث فقتله كذا في صحيح البخارى وغيره مل (قوله والاتلاف من هذا القبيل او المكروه يمكن ان بأخذ المكروه وبلغه على الدال فيتلغه وقرله فيما يصلح لاحتراز عن الاكل والتكلم والوطى فانه فيها لا يصلح آلة له ع (قوله حقيقة

وحسا وكذا شرعا لانه ياثم به وهذا لان اقبل فعل حسى وقد تحققت من المكروه والاصل في الافعال ان يؤخذ بها فاعلمها الا اذا سقط حكم فعله شرعا واضيف الى غيره كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل واضيف الى غيره وههنا لم يسقط حكم بتدليل انه ياثم اثم القتل يكون على القاتل (قوله حكم المباشرة فان السبب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص عنده تبين

(قوله فيصير آلة الخ وذلك لان الآلة هي التي تعمل لطبعمها كالسيف فان طبعمه القطع عند الاستعمال في عمله كالنار فان طبعمها الاحراق والماء فان طبعمه الاغراق واذا كان كذلك ففي الجري على سويج الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلة التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا ليكون المكره آله كـ (قوله كما تقول في الاكراه على الاعناق يعني ان الاعناق

﴿ ٢٤٨ ﴾

مقصود على المكره من حيث التلفظ به وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا للمالية كـ (قوله وفي اكراه المجوس الخ اي وكذا في اكراه المجوس على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ويقتصر على المجوس في حق النكاح حتى يحرم النسيئة لانه صلح آلة للمشير في حق الاتلاف دون النكاح لان الحرمة يجنط فيها كـ (قوله لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة فان المستسعى كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو فيهما لان عندهما انما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق

مقصودا على المكره من وجه نظر الى التأنيث واضيف الى المكره من وجه نظر الى الحمل فتغلط الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير آلة للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بان يلتقي عليه ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعناق وفي اكراه المجوس على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون النكاح حتى يحرم كذا عندنا قال (وان اكراهه على طلاق امرأته او عتق عبيد ففعل وقعه ما اكراه عليه) عندنا خلافا للمشافعي وقسم في الطلاق قال (ويرجع على الذي اكراهه ببقية العبد) لانه صلح آلة فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله ان يضمنه موصرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضممان لانه مؤاخذ باتلافه قال (ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المدة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو اكراهه على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز) استحسننا لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشر وطالفة سدة ويرجع على المكره استحسننا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل وانفرد لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يعتمد الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والغنى فيه باللسان لانها تصح مع الهرل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البذل لرضاها بالانكاح قال (وان اكراهه على الزنا وجب عليه الحب) عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف

حق المعتق لانه لاحق ههنا لغير المعتق ولا نظيره في الشرع ولا يلزمه على قولهما اعناق السفينة (و) المعجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق المعجور نظرا له ولا يستوفى حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه غير معجور وقيل قوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض اذا اعتق عبده وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اطلق المهر هون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن مل

(قوله لا يلزمه الحد لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصل 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 والنشر الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبعى ينتشر من النائم من غير اختيار واما تعييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اخلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم بوجه قولهما ان التعييد في الاكراه

كونه ملجبا وذلك بقدره المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقعا (قوله لان الردة الخ يجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاده الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا اطلاع عليه الا بترجمة اللسان وقيل الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يترتب البيهوتة على الكفر بالشك (قوله استحسانا والقياس ان يكون القول لها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لمصروف البيهوتة بها كالتكلم بالطلاق فيستوى فيها المكره والطابع كلفظ الطلاق تبين (قوله غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث اللفظ

ومحذ لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود قال (واذا اكراهه على الردة لم تبين امراته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البيهوتة بالشك فان قالت المرأة قد ثبت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي تبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتماله رجعتنا الاسلام في الحالين لانه يعلم ولا يعلم وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد به فليس بمسالم ولو اكراهه على الاسلام حتى حكمه باسلامه ثم رجع ام يقتل لنتمكن الشبهة هي دارمة للقتل ولو قال الذي اكراهه على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانث منه حكما لادبانه لانه اقرانه طامع باتيان مالم يكره عليه وحكم هذا الطامع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد فطر ببال الجبر عما مضى بانث ديانة وقضاء لانه اقرانه مبتدأ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكراهه على الصلوة للصليب سب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه السلام بانث منه قضاء لادبانه ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانث منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير الاباذن وولييه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المفلوج به حال) ما الصغر فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق رعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضى بغوات حقه والمجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه به حال

حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليه من حيث ان اللفظ دليل ترجمة لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليه اذالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه معناه فلما كان القول قوله (قوله المجنون المغلوب اما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كنصرف الصبي العاقل كما صرح به

(قوله من هؤلاء المراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجهل ويفهم وهو المذموم لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الاعتقاد كـ) قوله وهو يعقل الخ المراد بقوله يعقل البيوع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بالعكس ويقول ويقتصد ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه كـ) قوله وهو المعنوه وهو ناقص العقل وقيل هو المبهوش من غير جنون وفي تفسيره اختلاف كثير واحسن ما قيل فيه هو من كان ٢٧٥ قليل الفهم مختلط الكلام فالتدبير الا انه لا يشتم ولا يضرب كما يفعل المجنون تبين (قوله في الاقوال اللام في قوله الاقوال للجنس والمراد بها الاقوال التي ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء فان هذه الاقوال تتوقف على الاجازة والاقوال التي تمنع ضررا كالطلاق والعناق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يمكنه الطلاق فهذه الاقوال باطلة من الاصل فالمجرى في الاولى يوجب للتوقف على الاجازة وفي الثانية يوجب الاعدام من الاصل واما الاقوال التي تمنع نفعاً كقبول الهبة والصدقة والهبة فانه لا حجر فيها على العموم مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقد (قوله لانه لا مرد لها الخ فانه اذا قتل انسانا وقطع يده او اراق شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والقطع والاراقة كالعزم لانه يؤدي الى ان لا يكون المقتول والمقتوع والمراق مقتولا ومقتوعا ومراقا وهو دخول في السو فسطائية واركا الحقائق كـ) قوله لو

اما العبد فاهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلماذا وقع الفرق قال (من باع من هؤلاء شيئا واشترى وهو يعقل البيوع ويقتصد فالحق بالخيار انشاء اجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخته) لان التوقف في العبد لحق المولى فيتمخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتمخرى مصلحة فيهما ولا يشترط يعقلا البيوع ليوحد ركن العقد فينعتق موقفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيوع ويقتصد وان كان لا يرجع المصلحة على المفسدة وهو المعنوه الذي يصلح وكيل عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيوع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب المجرى في الاقوال دون الاعمال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرج بالشبهات كالحب ودوا القصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعناهما) لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعنوه والاعتناق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهرة ولا وقوف للمولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهرة فلماذا لا ينوقفان على اجازته ولا ينقدان بمباشرة بخلاف سائر العقود (وان اقل شيئا لزمهما ضمانه) اهيا لحق المنفق عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال (فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام اهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان اقر بماله لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بعد اقصاء لزمه في الحال) لانه مبقى على اصل الحرية

جودها حسا ومشاهدة ويحصل بها اتلاف والاتلاف بعد المحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف عـ) قوله (في) لان اعتبارها موجودة بالشرع اما الانشاءات فظاهر اذا التطبيق والاعتناق والمبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا وملوكا بالشرع واما الاخبارات كالاقرار والشهادات فوجب ما عرفت شرعا لانها دلالات على المخبر عنه فيجوز ان لا يقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بنائها كـ

(قوله في حق النسم لان الحدود والقصاص من غواص الأدمية وهوليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه به ما اذا بقى على اصل الحرية فيهما يفتى اقراره فيهما لانه اقربنا هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى كـ (قوله لما رويناه اراد به ماذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعترة كـ (قوله لا يملك الخ قلت غريب واخرج ابن ماجه في سننه في الطلاق عن ابن عباس

٢٧١

قال فأتى النبي صلى عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله ان سيدى زوجتى امته وهو يريد ان يفرق بينى وبينها قال فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر وقال يا ايها الناس ما بال احدكم تزوج عبده امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ الساق انتهى (قوله الا الطلاق فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضى ان لا يملك الاقرار بالحد والقصاص قلنا لما بقى على اصل الحرية فيها ما يكون هذا اقرار الحر لاقرار العبد كـ (قوله باب الحجر للفساد اخر هذا الباب لان اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماءى في التام ثبوت اقوى فكان بالتقديم اولى ولان الحجر فى الاول متفق عليه وفى الثانى مختلف فيه والمتفق عليه اخرى بالتقديم ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب

في حق النسم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه لما رويناه لقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تنقيت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

(قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبهترا مفسدا ينفق ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعى يحجر على السفه ويمنع من التصرف في ماله) لانه مبتر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة وله ما منع عنه المال ثم هو لا يقيد بدون الحجر لانه ينفق بلسانه ما منع من يده ولا يحنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لمنع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطرب الجاهل المغنى الماجن والمكاري المفسد جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قدر عليه نظره الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجرى وعلى خلافه اسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجه واطلق عنه جان) لان المحرم منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان قضاء بنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الحاجر او الى غيره ففقد ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك (ثم عند ابى حنيفة

الحجر للفساد مبنى على قول ابو يوسف ومحمد لاعلى قول ابى حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد اصلا نتائج (قوله فلا يتحمل الاعلى اى الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة اصلية لان آدمى انما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات كـ (قوله على المتطرب الجاهل فانه يسقى الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم ذلك ولا يعلم كـ

(قوله ان منع المال الخ اى لانسلم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد النماء ديب فاذا لم يبق المال فليس
لكناء ديب بعد تلك المدة لم يقصد النماء ديب بعد ما فاتت العلة بانتفاء احد جزئيهما وهو قصد النماء ديب فلم
انتفاء المعلوم الذى هو المنع ايضا بعد ما وجب الرفع فتابع (قوله بطريق السأديب اى بطريق العقوبة عليه
ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول فى النصرفات يعنى
حكى والعقوبات بهذا الطريق

﴿ ٢٧٢ ﴾

غير مشروعة كالحب ود ولا يدخل
عليه اسقاط شهادة القاذى
فانه متهم حده عندنا لاننا
نقول انما كان كذلك لكونه
تابع لما هو حسى وهو اقامة
الحد لا مقصودا بنفسه كـ
(قوله الا ترى انه قد يصير
الخ وذلك لان ادنى مدة
البلوغ فى حق الغلام اثنتا
عشرة سنة ثم يولد له ابن
لستة اشهر لان اقل مدة الحمل
ستة اشهر ثم يبلغ ابنه
بأثنى عشر سنة ثم يولد له
ابن لستة اشهر فيصير جدا
بعد خمس وعشرين سنة
ولوفر ضامقام الابن البنت
تصير حدة فى اثنتين وعشرين
سنة لان ادنى مدة بلوغ
البنت تسع سنين لكن هذا
الذى ذكره عام فى الذكور
والاناث ولما صار جدا صار
فرعه اعلاه فكان الحد منهاها
فى الاصاله فاذا لم يونس
رشد فى سن تناهت اصالته
عرفنا انه انقطع رجاء
التأديب منه فلامعنى لمنع
المال عنه بعد ذلك اذا المنع
كان للتمام ديب وهو لم يبق محلا للتأديب فى حق ماله كـ (قوله باعتبار اثر الصالح لان اول
احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة
لم يبق اثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال كـ (قوله عندهما وكذا عند ابى حنيفة
فلم يخص قولهما بذلك كـ واحترار عن قوله لان عند ابى حنيفة الحكم قبل المحرم وبعد سواء
نفاذ النصرفات ع

اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة
فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم
اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشيد وقال لا ينفذ اليه ماله ابد حتى يؤنس
رشد ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وما
كالصبا ولا يحنيفة ان منع المال عنه بطريق استأديب ولا يتأديب بعد هذا
ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة فى المنع فلم
الرفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو فى اوائل البلوغ وينقطع بتمام
الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها
لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا ينفذ التفريع على قوله وانما
التفريع على قول من يرى المحرم فعندهما لما صح المحرم لا ينفذ بيده اذا باع
توفير الفائدة المحرم عليه وان كان فيه مصلحة اجازة الحاكم لان ركن القصر قد
وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتعري المصلحة فيه كفى الصبي
الذى بعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى يوسف لانه
لا بد من حجر القاضى عنده لان المحرم دائر بين الضرر والنظر والمحرم لنظره فلا بد
من فعل القاضى وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذا العلة هى السفه
بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان اعتنى عبدا
نفذ عنه عندهما) وعند الشافعى لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر
فيه الهزل يؤثر فيه المحرم وما لا فلا لان السفه فى معنى الهزل من حيث ان
الهزل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقل لا اتباع الهوى ومكابرة العقل
لالتقصان فى عقله فكذلك السفه والعنى مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح
منه والاصل عنده ان المحرم بسبب السفه بمنزلة المحرم بسبب الرق
حتى لا ينفذ بعنه شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمزقوق والاعتاق
لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه (و) اذا صح عندهما (كان على
العبد ان يسعى فى قيمته) لان المحرم لعنى النظر وذلك فى رد العنى
الا انه متعذر فيجب رده ببرد القيمة كفى المحرم على المريض وعن محمد

(قوله حق العتق اي حقان مدفوق العتق وهو امتناع البيع في شبه حقيقة العتق فيعتبر بها العظمى (قوله)
 فيعتبر بحقيقته اي انه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلان يملك انشاء حقه كان اولي الا انه لا يجب الخ ع (قوله)
 الا انه لا يجب الخ مستثنى من قوله فيعتبر بحقيقة اي بحقيقته عتق المحجور بسبب السفه يجب السعاية ولا يجب
 السعاية على ملبه في التدبير مادام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستغنى به ولا يمكن ايجاب
 نقصان التدبير عليه لانه لما بقي

﴿ ٢٧٣ ﴾

انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حق العتق والسعاية ما عهد
 وجوبها في الشرع الا الحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق
 العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على
 ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرش سعى في قيمته ملبرا لانه عتق موته
 هو ملبس فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه
 بثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له) لانه يحتاج الى ذلك لابقام
 نسله فالحق بالمصلحة في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت
 بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه كالاقرار
 بالحرية اذ ليس لها شاهد اذ الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها
 ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج
 امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حواججه الاصلية (وان سعى
 لها مهر ا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل)
 لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظير له فيه فلم تصح الزيادة فصار
 كالريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف
 في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بربع نسوة
 او كل يوم واحدة لما بيننا) قال (ويخرج الزكاة من مال السفه) لانه واجبة عليه
 (وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه) لان احياء
 ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حق القرابته
 والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان الغاض يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها
 الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينامعه كيلا
 يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امه ليصرفها لانه لا يست بعبادة
 فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا طلق او تذر اذ ظاهر حيث لا يلزمه
 المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتننا
 هذا الباب ببغرامواله بهذا الطريق ولا كذلك مما يجب ابتداء بغير فعله
 قال (فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانه واجبة عليه بايجاب

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ١٨

ومغوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض يعتبر من الثالث وهما غير معتبرة اصلا ع (قوله او كل يوم
 واحدة يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يقل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار
 مهر المثل ويبطل الزيادة ك (قوله بل يكفر الخ لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين
 متتابعين وان كان مالكا للمال مال التكفير ع

(قوله استحسننا وفي القياس لا يعطى له نفقة السفر لان العدة هندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للسفر تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضيته العدة فلا يمنع منها امتناعا
ك (قوله تعرضا عن موضع الخ القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا ولكن البينة فيه افضل وكان ابن عمر رضى الله عنه يقول لا يجزيه الابينة وهي بقرة ارجوز فهو اذا ساق البينة فقد قصد به الترخيص
عن موضع الخلاف واخذ

﴿ ٢٧٤ ﴾

بالاحتياط في امر الدين واراد ان فعله اقرب الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه ك (قوله فان مرض واوصى الخ قيد بالمريض باعتبار ان الوصية غالبا يكون في المرض فان السفه الصريح اذا اوصى بوصية فحكمها حكم المريض ع (قوله فبتناوله الخ فقره تعالى رشد منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص والاتعم فان وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ن (قوله لاسلامه اقول يرد عليه النقص بالسفه المصلحة في دينه دون ماله على قوله لامحالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو فيه اقوى فلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون واليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله تعالى نتائج (قوله فصل في حد الخ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب

الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسامها الى ثقة من الحاج ينفعها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو اراد عدة واحدة لم يمنع منها) استحسننا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من ان يسوق بدينة) تعرضا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رضى لا يجزيه غيرها وهي جزورا وبقرة (فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذهى حالة انقطاعه عن امواله والوصية تغني ثناء وثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يجزى على الفاسق اذا كان مصلحا لماله) عندنا والفسق الاصل والطارى سواء وقال الشافعي يجزى عليه زجره عاقبة عليه كما في السفه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنتم منه رندا فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشد فبتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويجزى القاضي عندنا ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة هو ان يغيب في التجارات ولا يصبر عنها السلامة قلبه لما في الحجر من النظره

(لا يكون)

الحجر لم يكن يدعى بيان انتمائه وهذا الفصل لبيان ذلك نتائج (قوله بالاحتلام الحلم بالفم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم ع (قوله فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثمانى عشر سنة الاو يطعن في التاسع عشر سنة (قوله حتى يستكمل الخ هذا اللفظ يدل على اختلاف الرواية ع

(قوله فلم الخ ولما روى عن انس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استكمل المولود خمسة عشر سنة كتب ماله وما عليه واقيمت عليه الحدود وفيه ان هذا الحديث لم يثبت فسقط الاحتجاج (قوله للتيقن اي كون ثمانية عشر سنة في تفسير الاشد للتيقن لان بعضهم قالوا الاشد اثنا عشر وعشرون وبعضهم ثمانية عشر وثلاثة وعشرون (قوله لاشتمالها الخ اي زدن سنة في حق الغلام لتوافق فصل من فصل السنة مزاجه فيقوى مزاجه ﴿ ٢٧٥ ﴾ (قوله ولم يكن بهما الظاهر اشارة الى ان الغلام اذا ادعى البلوغ وهو اقل من اثنا عشر سنة لا يصدق والجارية اذا ادعت وعمرها اقل من تسع سنين لا تصدق (قوله غرماء المفلس ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر معناه الحقيقي بل المراد به ائامن يدعى الافلاس فيتناول الغنى ايضا اذا الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه يدعى الافلاس وان كان عيناً في نفسه واما حاله حال المفلس ولا شك ان الغنى الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (قوله بخلاف الحب الخ فان التفريق هناك متعين لانه لا يمكنه الامساك بالمعروف فتعين عليه التسريع بالامساك فلما امتنع عن التسريع بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضى عنه في التفريق (قوله كيف وان

لا يكون الامع الانزال وكذا الحيض في اوان الحمل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلم العادة الفاشية في ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشداه واشد الصبي ثمانى عشر سنة هكذا قال ابن عباس وتابعه الغنى وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشؤهن وادرا كهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق احد منها المزاج لا محالة قال (واذا راق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقل قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتها ظاهرا فاذا اخبر به ولم يكن بهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل اقول المرأة في الحبض

باب الحجر بسبب الدين

قال (ابو حنيفة رآه احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه) لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لاعتراض فيكون باطلا بالنص (ولكن يحبسه ابد حتى يبيعه في دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس المحجر عليه حجر القاضى عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان المحجر على السفه انما جوزناه نظرا له وفي هذا المحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما منعه من البيع ان يكون باقلا من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس ومن بيعه وقسمه بين غرماء بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لا يفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضى عنه كافي الحب والعنة قلنا التلجئة موهومة المستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يخناره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما

الخ اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه * ١٨ اضرار بهما يتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكانته مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالئى هي احسن حتى يبلغ اشداه قال الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) وبالحرام شرعا كالغصب والربوا (الا ان يكون تجارة عن تراض منكم)

(قوله استعسان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستعسان دون القياس انما هو قول ابي حنيفة فقط
عندهما في جواز بيع النقدين بطريق القياس (قوله منعان في الثمنية ولهذا يضم احدهما في الآخر في الزكاة
(قوله ولاية التصرف الخ الولاية تقتضي الايجاب والالزام وهو انسب بحال القاض فيجب رعاية الاصل
في حقه دون الغريم اذ ليس له ولاية على المدينون فيناسب حاله رعاية الاختلاف (قوله بخلاف الاستهلاك
اي بخلاف ما اذا استهلك

المعجور عليه قبل قضاء الدين مال انسان حيث يكون المختلف عليه اسوة للغرماء بلا خلاف لان فعله اعنى الاستهلاك مشاهد محسوس فلا يرد لان المحجر لا يصح في الفعل المحس (قوله لانه مشاهد الخ وذكر في حجر النخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاض بعلمه او بشهادة شهدوا على الاستقراض او الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل المحجر (قوله على المفلس المراد منه المعنى المجازي اي المدينون فان اي المدينون فان حصله على المعنى الحقيقي ينافي به قوله الا ان من ماله كذا في نتائج الافكار مولانا محمد عبد الحليم

(قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف الخ

بتأخير حق الدائن وتعذيب المدينون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاض بغير امره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاض ان يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاض في دينه) وهذا عند ابي حنيفة استعسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبراً و به الاستعسان انهما متحدران في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لان الفرض يتعلق بصورها و اعيانها اما النقود فوسائل فافترقا (وباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدل باليسر فلا يسر) لما فيه من التسارعة قبل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي) لان به كفاية شمس الاثمة الملواني لانه اذا غل ثيابه لا بد له من ملبس قال (فان اقر في حال المحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الدين) لانه يتعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مر له (ولو استفاد ما لا آخر بعد المحجر نفدت اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدسه وقت المحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله المحجر ولهذا لوتزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه وهو يقول حسبه لامل الى حسبه الحاكم في كل دين التزمه بعقد الكاهن والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب ادب القاض من هذا الكتاب فلان عيها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظر الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته

يعنى قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام الخ (قوله لوجوب النظر الى الخ لتعليل لذلك نتائج (قوله يعني خلى الخ ذكر في ادب القاض حكما من هذا الباب وعطف عليه قوله وكذلك ان اقام البينة ففسر ذلك الحكم بقوله يعني خلى سبيله مراد من قوله وكذلك ان اقام البينة محليته

(قوله) نخرجنا عن الخ لانه لايجوز اهلاكه مكان الدين وعن ابي يوسف انه لا يخرج من السجن في غير هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سوا ع (قوله) هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب الملبون انه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين انه اذا فضل منه شى يصرف ذلك اليه ع (قوله) ولايجوز بينه الخ اى لا يمنعهم ﴿ ٢٧٧ ﴾

من ان يدور معه ع (قوله)
لغوله عليه السلام لصاحب الخ
فوجسه التمسك به هو ان
الحديث مطلق في حق الزمان
يبتناول الزمان الذي يكون
بعد الاطلاق عن السجى
وقلبه ك (قوله يقسم بينهم
الخ اى يأخذ كل واحد منهم
حصته من الدين وهذا اذا
اخذ وافضل كسبه بغير
اختياره او اخذ القاضى
وقسمه بينهم بدون اختياره
اما المديون في حال صحته
لو آثر احد الغرماء على
غيره بقضاء الدين باختياره
فله ذلك نص على ذلك
في فتاوى النسفى ع (قوله)
الى ان بينة اليسار الخ
اليسار اسم للايسار من
اليسراى الغنى والاعسار
مصدر اى الفقر وفى بعض
النسخ على بينة العسار
قال فى المغرب وهو خطأ
ع (قوله اكثر اثباتا لانه
تشهد بالوجود والاخرى
بالنفى والبينة المثبتة او

وان لم يكن اخرجه تعززا عن هلاكه والمعتز في ذلك لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه لانه قضاء احدي الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال (ولا يجعل بينه وبين غرامه بعد غرضه من الحبس بل يلزمونه ولا يمنعونهم من التصرف والسفر) لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى قال (وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا) لان القضاء بالافلاس عند ما يصح فيثبت العشرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابى حنيفة لا يفتحق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى عا دوارئع ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع للابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة المسار تترجع على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذا الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونهم من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلس في موضع لانه حبس فيه (ولو دخل في داره لعاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج) لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة ولو اغتار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالحيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لا اختياره الاضييق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فعينه بجمسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال (ومن افلس وعنده مناع لرجل بعيته ابتاعه منه فصاحب المناع اسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي ره يجبر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ لعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته

من النافقة تبين (قوله لانه حبس فيه وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه او بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيضرر المدعي ع) (قوله الحاجة وعن هذا قيل ان اعطاه الغداء واعده موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرّب ع) (قوله وهذا لانه الخ بيان لصحة القياس ههنا ومدار على تحقق العلة الجامعة وهو كون البيع عقد معاوضة

(قوله وصار كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه بثبت خيار الفسخ لرب السلم مع انه عجز عن تسليم شئ هو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في النعمة وبانقطاع المسلم فيه عن ابدى الناس ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا اذا عجز المشتري بالافلاس عن تسليم الدين بموجب حق الفسخ للبائع وان لم يكن العين مستحقا بالعقد كـ (قوله وهو غير مستحق الخ توضيح ذلك ان موجب العقد ملك الدين

﴿ ٢٧٨ ﴾

وهو يملك به ديننا في النعمة وبقاء السدين ببقاء محله والنعمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفسد والملي مع (قوله فلا يثبت الخ اي العجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز ان يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم اعطى له حكم الدين الواجب في النعمة لان الاستبدال فيه ممنوع شرعا وكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ كـ (قوله واسقاط الحق الخ وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق الغير بها وانما بالاذن اسقط حقه فعاد متصرفا لما للكية

كتاب الماذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعهد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته بعد الرق يبقى اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانعجازه عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلم الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بمالحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التزويت حتى لو اذن لعبد يوم اشترى كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تنزوت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالسلالة كما اذا رآى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لفرق والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا امولى او الاجنبى باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فينضربه لو لم يكن ماذناله ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا اذن المولى لعبده

في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيد ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بداله من انواع الاعيان لانه اصل التجارة (ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما) هما بقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالكهبة وله انه تجارة والعبد متصرف

(قوله لا يقبل التزويت فانه لما كان اتصرفه بحكم مالكية) (باعتية) الاصلية وانما عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير والاسقاطات لا تنزوت كاطلاق والعناق ع (قوله لا تنزوت فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع من الاسقاط فيما يستقبل لافيهما مضى لالان الساقط لا يعود كـ

(قوله) وعلى هذا الخ أي على هذا الخلاف الصبي إذا اذن له أبواه في التجارة أن يبيع ويشتري بالغبن
ليسير بالاتفاق وبالفاحش عند إلى منيفة ع (قوله) فمن جميع ما بقي يعني يودى دينه أو لا فما بقي
من قضاء الدين يكون كله، محاباة ع (قوله) ولا وارث للعبد لا يقل أن المولى بمنزلة الوارث لأنه
رض بسقوط حقه بالأذن فصار كالوارث إذا اسقط حقه في الثلثين فإنه ينفق تصرف المربض في الكل
(قوله) يقال الخ لأنه لزمه

﴿ ٢٧٩ ﴾

زيادة في الثمن لم يرض
هو به فيغير لذلك (قوله)
له أن يسلم الخ أي والمأذون
أن يجعل نفسه رب السلم
والمسلم إليه ك (قوله)
شركة عنان وليس له
أن يشارك شركة مقايضة
لأنها تنعقد على الوكالة
والكفالة والكفالة لا تدخل
تحت الأذن فلو فعل ذلك
كانت عناناً لأن في المقايضة
عناناً وزيادة فصحت بقدر
ما يملك المأذون وهو الوكالة
ع (قوله) رأس ماله لأن
المولى اذن له بالأ كنسب
ولم يدفع إليه مالا وما هو
رأس المال للمأذون له فهو
يملك التصرف فيه ضرورة
فالمأذون له بملك التصرف
في نفسه إلا إذا الخ ع
(قوله) إذا نهاه الخ أي إذا
نهاه عن التصرف في نوع
آخر من التجارة بعد أن
اذن له في نوع مخصوص
منها فالخلاف فيه كالحلاف
فيما إذا سكت عن النهي عن
التصرف في نوع آخر منها
بعد أن اذن له في نوع

بأهلية نفسه فصار كالحرة وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حاسب في مرض
موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقي) لأن
الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وإذا كان الدين
محيطاً بما في يده يقال المأذون أجمع المحاباة والأفراد البيع كافي الحر
وله أن يسلم ويقبل السلم) لأنه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد
لا يفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرهن) لأنهما من توابع التجارة فانهما
إيقاع واستيفاء (ويملك أن يقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت) لأن
كل ذلك من صنيع التجارة (ويأخذ الأرض مزارعة) لأن فيه تحصيل
الربح (ويشتري طعاماً فيزرعه في أرضه) لأنه يقصده الربح قال عليه
السلام الزارع يتاجر به (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها) لأنه من عادة التجار (وله أن يواجر نفسه) عندنا خلافاً
لشافعي ره وهو يقول لا يملك العبد على نفسه فكأن على منافعه لأنها
تابعة لها ولأننا نفس رأس ماله فيملك التصرف فيه إلا إذا كان يتضمن
إبطال الأذن كالبيع لأنه ينحجر به والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود
المولى إما الأجرة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك قال
(فإن اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر
والشافعي ره لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا
نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما أن الأذن توكيل وإنابة من المولى
لأنه لا يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك حجره فيخصص بما خصه به كالمضارب ولأنه اسقاط
الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا
ينخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فنثبت له
الولاية من جهته وحكمه استصرف وهو الملك واقع للعبد متى كان له أن يصرفه
إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قل (وإن اذن له

مخصص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذوناً في جميع التجارات
خلافاً لزفر والشافعي رح كما ذكر في الابضاح نتائج (قوله) بخلاف الوكيل الخ يجوز أن يكون جواباً عن
قوله كالمضارب لأن المضارب وكيل الوكيل يستفيد الولاية من جهته لأنه يتصرف في مال غيره ع (قوله)
المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند الإمام وعندهما جائزة بقولهما يقتضى التعامل
بالناس مجمع الأنهر

(قوله فليس بمأذون كلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخص والاذن بالاول اذن دون الثاني ع) (قوله للكسوة قيد به لانه انما يكون استعمالا اذا امر بتصرف واحد اما اذا اشترى ثوبا وبعه يكون مأذون ك) (قوله ينسك الخ فان كل من علم انه لو اذن لمملوكه في شراء بخل او جند بفلس او ما اشبه ذلك يصير مأذونا في التجارة وبعد ذلك يصح اقراره على نفسه بدينون التجارة بحيث ينوى بذلك رقبته وكسبه

﴿ ٢٨٥ ﴾

فيمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيفوت عليه مقاصده في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الاذن في بعض المصارف اذنا في التجارة وفي بعضها جعلناه استعمالا فالفاصل بينهما انه اذا اذن له بعقود متكررة مرة بعد اخرى يعلم ان مراده الربيع فيجعل ذلك اذنا في التجارة كما اذا قال اشترى ثوبا وبعه لانه امره بعقود متكررة وكذا لو قال بع ثوبي هذا واشتر بثمانه كذا يصير مأذونا في التجارة واذا اذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك اذنا في التجارة بل يعتبر استعمالا كما اذا قل اشترى ثوبا للكسوة لانه امره بعقد واحد فلا يكون هذا اذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل ك

في شيء بعينه فليس بمأذون) لانه استعمال ومعناه ان يأمره بشراء ثوب معين للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسك عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادانني الغلة كل شهر كذا اذ ان الفاعل وانث حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالاكسب او قال له اقم صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال (اقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتناب الناس مبيعاتهم ومعاملتهم ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة لانه كالمعجور في حقه قال (وليس له ان ينزوجه لانه ليس بتجارة (ولا يزوجه مملوكه) وقال ابو يوسف ربه يزوجه الامه لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبهه اجاتها وله ما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة وله ان لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصى قال (ولا يكتف لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الا ان يجيزه المولى ولادين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد ثابعا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة غير قال (ولا يمتنع على مال) لانه لا يملك الكتابة فالا هنا في اولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالمهبة (ولا يهب بعرض ولا يغير عرض وكذا لا ينصق) لان كل ذلك تبرع بصريعه ابتداء وانتهاه او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا ان يهودى اليسير من الطعام او يضيف من طعامه) لانه من ضرورات التجارة استعمال القلوب المجاهرين بخلاف المعجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ربه ان المعجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تنصق

الغصب يوجب الملك عند الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة (من ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة ع) (قوله بما يجب الخ كالمواقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح جائزا فاسدا وشبهه) فان اقراره باطل لا يؤخذ به حتى يعتق لان فك المعجور انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما رجعت بسبب التجارة فصار اقراره فيها واقرار المعجور سواء ك

(قوله) ولا كذلك المعالجة الخ يمكن ان يكون جوابا عن سؤال مقدر تقديره ان يقال كيف يجوز ثم محاباة المأذون
مع ان فيه اعطاء من الثمن عيني (قوله) وديونه الخ اي اذا وجب الدين على المأذون بالتجارة او بما هو في معناه
فان كان له كسب يبيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب يتعلق برقبته يبيع للغرماء ع (قوله) يباع الخ اي يبيعه
القاضي الدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر
العاقل بسبب الدين وبيع

٢٨١

من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرقيق ونحوه لان ذلك غير ممنوع
عنه في العادة قال (وله) ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من
صنيعهم ودرهما يكون المحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط
من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك
المعاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله) ان يؤجل في دين قد
وجبه له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان
يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع
لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تغويت مال قد كان له
وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه على الدين يحصل له
لا بالرقة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنابة واستهلاك الرقة بالجناية
لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهور وجوبه في حق المولى
فتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس
وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء
حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه
بفضل المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقة فينتعلق بهما
غير انه يبيد بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وايفاء له مقصود
المولى وعند انعدامه يستوفي من الرقة وقوله في الكتاب ديونه المراد
منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة
والاستئجار وضمان المقصوب والودائع والامانات اذ جعلها وما يجب
من العقر بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق
به قال (ويقسم ثمنه بينهم بالمحصص) لتعلق حقهم بالرقة فصار
كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من ديونه طوّل به بعد الحرية)
لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقة به (ولا يباع ثانيا) كيلا
يمنع البيع او دفعه للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من

العبد فيرى الحجر عليه الا ترى ان المولى يحجره فكندا جاز حجر القاضي عليه يبيع الكسب
عليه ك (قوله) وذلك اي تحصيل مال لم يكن لا تغويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقة
ك (قوله) بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه لانه لا يتعلق بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن
يباع بدين الاستهلاك فكندا بعده ك (قوله) لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يبيع بذلك
وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ع

(قوله وان يأخذ الخ اي للمولى ان يأخذ الغلة وهي الغريسة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استعسانا والقياس ان لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستعسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منعناه اخذ الغلة لمجر عليه فينسب باب الاكتساب كـ (قوله غلة مثله الغلة كل ما يحصل من ربح الارض او كراها او اجرة غلام او نحو ذلك

ع) (قوله لمالم يتعلق برقبته الخ لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة انه قد مجر عليه فيناخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم ع) (قوله كما في تبليغ الرسالة الخ فان النعمى اذا اسلم ولم يعلم بوجوب الصلوة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحربي اذا اسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء مالم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب كـ (قوله يعطى لدوامه حكم الابتداء لانه اذا كان التصرف غير لازم كانه ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء كـ (قوله وهي تنعدم الخ الطلاق والاذن يشتركان في كونهما اسقاطا ولهن لا ينوقتان بالتوقيت ويفترقان في الزوم وعدمه ولهذا يبيح الطلاق

بعد الجنون دون الاذن لان لبقاء الاذن حكم الابتداء بخلاف بقاء الطلاق اعظمى (قوله صار محجورا عليه وان عاد العبد من الابق هل يعود الاذن لم يذكره محمد الصحيح انه لا يعود ع) (قوله لاينا في ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الابق في التجارة وهلم به العبد كان مأدونا فلانا لاينا في بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء ع

الهمة لان المولى انما يغله في المثلث بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الحلو له (له ان يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرد لها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان مجر عليه لم ينجح حتى يظهر مجره بين اهل سوقه) لانه لو انجر لتضرر الناس به لتناخر حقهم الى ما بعد العتق لمالم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوق حتى لو مجر عليه في السوق وليس فيه الرجل او رجلا لم ينجح ولو بايعه جاز وان بايعه الذي علم بجمره ولو مجر عليه في بيته بمحض من اكثر اهل سوقه ينجح والمعتبر شيوخ الحجر واشتهاره في مقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليه السلام ويبقى العبد مأدونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذ لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ومارض به وانما يشترط الشروع في الحجر اذا كان الاذن شاعرا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم مجر عليه يعلم منه ينجح لانه لا ضرر فيه قال (ولومات المولى او جن او لحق يدار الحرب مرتدا صار المأدون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا بالحقوق لانه مرت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا ابق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعي يبقى مأدونا لان الابق لاينا في ابتداء الاذن فكنا لاينا في البقاء وصار كالمغصب ولنا ان الابق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأدونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولت المأدون له من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح

(قاض)

بعد الجنون دون الاذن لان لبقاء الاذن حكم الابتداء بخلاف بقاء الطلاق اعظمى (قوله صار محجورا عليه وان عاد العبد من الابق هل يعود الاذن لم يذكره محمد الصحيح انه لا يعود ع) (قوله لاينا في ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الابق في التجارة وهلم به العبد كان مأدونا فلانا لاينا في بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء ع

(قوله) اكثر من قيمتها انما قيد بكونها اكثر من قيمتها ليطهر الفاهمة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها عيني (قوله) لما قررناه في ام الولد وهو قوله لانتلافه محلا تعلق به حق الغرماء ك (قوله) فاقراره جائز بخلاف ما اذا بيع المأذون فانه لا يجوز اقراره فيما في يده قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار ك (قوله) من المال قيد به لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع ك (قوله) ومعناه الخ انما فسرته بذلك لان مطلق الاقرار منه ما كان

٢٨٣

مضمونا كالديون والغصب والامانات فبين ان المراد به النعميم ع (قوله) لان يد المحجور الخ ورد باننا لانسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع المحجور ودبعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الودبعة ككثوب القته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تأويلها اذا لم يعلم المودع ان الودبعة ككسب العبد اما اذا علم ذلك فلمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد ع (قوله) غير معتبرة اي فيما هو من كسبه او فيما عرف انه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيه معتبرة ك (قوله) وصار كما اذا اخذ الخ بيان لا بطلان الحجرين بمسائل متفق عليها فان

قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبته ديون لانتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يتمتع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استندت الامة بالمأذون لها اكثر من قيمتها فتبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لاعداد دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المديونة ولا منافاة بين حكمها ايضا والمولى ضامن لقيمته لما قررناه في ام الولد قال (فاذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة) ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره واغصب منه او يقر بدين عليه فيقضى ما في يده وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجرو ان كان اليد فالحجر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغا عن حاجته واقراره دليل لتحقيقه بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرفت فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصا فيما باشره قبل البيع قال (واذا الزمته ديون تعبط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعترف من كسبه عبدا لم يعنف عند ابي حنيفة) وقال يملك ما في يده ويعنف وعليه قيمته) لانه وجب سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطى الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى فمأثرت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد ههنا فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه المولى اذا انتزع ما في يده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره يثبت الحجر ع (قوله) ولهذا لا يصح اقراره الخ يعني اذا اقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الاقرار في حق الرقبة متى لا يبيع العبد بهذا الاقرار بالاتفاق عيني (قوله) واقراره دليل الخ يعني ان مطلق اقراره دليل تحقق الحاجة محلا لحالة المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحقيقها فصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجاب بقوله بخلاف الخ

(قوله) واذا عرف الخ اي اذا عرف ثبوت الملك عندهما وهدمه هذه عرف العتق وعلمه لشكونه فرفه
فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله ع (قوله) وان لم يكن الخ الظاهر ان مراده اذا لم
يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المتقدمة
الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر رقبته بناء على ما ذكرنا من ان تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلق
الدين برقبته واذا لم يعط الدين

٢٨٤

بماله يتعين عدم احاطتها
برقبته فلم يخرج الى ذكر
الثاني بعد ذكر الاول وما
وقع في عامة الكتب من
قبيل النصريج بما علم
التزاما بمجورد الاحتياط
نتائج (قوله) هذه اي الصورة
الثانية كما اذا اذن لعبد
فاشترى عبدا يساوي الفا
والمأذون ايضا يساوي
الفا وعليه خمس مائة واما
الصورة الثالثة اي احاط
بماله دون رقبته كما اذا
اذن لعبد فاشترى عبدا
يساوي الفا والمأذون ايضا
يساوي الفا وعليه السف
درهم فحكمها ان المولى اذا
اعتق العبد المشتري فعتقه
جائز بالاتفاق كذا نقل
في غاية البيان وقال في
نتائج الافكار ان في جواز
عتقه على رأى الامام ابي
حنيفة اشكالا فان ملك
المولى انما يثبت خلافة
عن العبد عند فراغه عن
حاجته والمال الذي احاط
به الدين مشغول بحاجته
فلا يخلفه فيه فلا يثبت
فيه الملك فكيف يجوز

فيه واذا عرف ثبوت الملك وعلمه فالعتق فريسته واذا نفذ عتقه
يضمن قيمته للغرماء لتعلق مقوم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله
جاز عتقه في قولهم جميعا) اما عندهما فظاهر وكذا عندنا
لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيدخل ماله
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال (واذا
باع من المولى شيئا به مثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين
يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز) لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا احاط
الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض
من الوارث به مثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه
حتى كان لاحد الاستخلاص باءا قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا
غير فافترقا وقالان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال
المعجاة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المعجاة الفاض
سواء وجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبهذا ينفع الضرر
عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمعجاة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر
بازالة المعجاة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع
لمخوله تحت تقويم المقرمين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى المنتهية غير
تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من
المعجاة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المعجاة
لان المعجاة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في
البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير ان ازالة المعجاة لحق الغرماء
وهذان الفرقان على اصلهما قال (وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل
جاز البيع) لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة
في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد المالك يمكن فيه ويتمكن
المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا الثمن وصحة التصرف تتبع الفائدة
فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من

اعتاقه فنامل مولانا محمد عبد الحليم (قوله) وان باع الخ اي اذا
(حيث)
باع العبد المأذون المديون شيئا من اكسابه من المولى به مثل قيمته جاز وان لم يكن مديونا لا يجوز
ك (قوله) لانه متهم الخ اي في حق مولاه بميله اليه عادة ع (قوله) منها وفي بعض النسخ منهما اي من المولى
والاجنبي مل (قوله) من رد بين التبرع الخ اما التبرع فللنقصان عن الثمن في قدر المعجاة
واما البيع فلهذه الخ

(قوله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لان المولى يستوفيه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبد كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه منه ع (قوله و جازان يكون الخ اي فان قيل على هذا التقرير استوجب المولى ديننا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب على ما قلتم آنفا اجاب عنه بقوله و جاز الخ ع (قوله اذا كان يتعلق بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو ٢٨٥ ك دين يتعلق برقبته وهذا لان المبيع قبل التسليم

حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه ببقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين و جازان يبقى حقه متعلقا بالعين (قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس في المبيع وهذا كان اخص به من سائر الغرماء و جازان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او بنقض المبيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تتعلق بها حق الغرماء (قال واذا اعنف المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء انه اتلف ما يتعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقي من الدين يطالب به بعد العتق) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمنا فبقى الباقي عليه كما كان (فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعنف المديون وام الولد المأذون اهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالمبيع فلم يكن المولى متناهما حقهم فلا يضمن شيئا قال (فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري) لان العبد يتعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعهوا الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالمبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيغيرون في التضمن (وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فلم يولى ان يرجع بالقيمة) فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا (قال ولو كان المولى ناعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول

اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبايع اسوة للغرماء ولو لم يقبضه المشتري فان البائع احق به اتفاقا كذا في الدر المختار وقال في رد المختار قوله فان البائع احق به الظاهر ان المراد انه احق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت او يبيعه القاض ويدفع له الثمن فان وفي جميع دين البائع فبها وان زاد دفع الزائد لباقي الغرماء وان نقض فهو اسوة للغرماء في ما بقي له وليس المراد بكونه احق به انه يأخذه مطلقا اذ لا وجه لذلك لان المشتري ملكه وانتقل بعدهوته الى ورثته وتعلق به حق غرمائه

(قوله قالوا تأويله الخ في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتأويله اذا باع بمثل لا يفي بدينهم
كما هو المذكور في جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذون الجامع الصغير لغاثير
والنفخيره وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بدينهم كان لهم ان يردوا البيع
لقوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من دينهم على العبد اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في
البيع رضاء الغرماء باخذهم

٢٨٦

الثمن فانهم لما اخذوا الثمن
كانوا راضيين بالبيع
فينسحب باب الردن (قوله
البائع الخ اما اذا كان
المشتري غائبا والبائع
حاضرا فلا خصومة بينهم وبين
البائع في رقبة العبد بلا
خلاف حتى يحضر المشتري
لان الملك واليد للمشتري
وابطل ذلك بدن حضوره
لا يمكن فيه فما لم يبطل
ملك المشتري لا يكون
الرقبة محل الحلف الغرماء الا ان
لهم ان يضمنوا البائع قيمته
لان بالبيع والتسليم صار
مفوتا محل حقهم كـ (قوله
اذا انكر قيد بالانكار لان
المشتري اذا اقر بدينهم
وصدقهم في الدعوى كان
لهم ان يردوا البيع بلا خلاف
ع (قوله لزمه وهذا
استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لانه اخبر عن شيء
احدهما اخبرانه مملوك وهذا
اخبرانه مأذون في التجارة
وهذا اقرار على المولى
واقاره عليه ليس بحجة

تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع بغوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوا
قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان
يردوه لو وصل حقهم اليهم (قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم
وبين المشتري) فمعناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف المشتري خصم ويقض لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا
اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالله هو بل ليس بخصم
عندهما خلافا له وعندهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي
الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه وله ان الدعوى يتضمن فسخ
العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال (ومن قدم مصرا
فقال ان اعبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان اخبر بالاذن
فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه اذ دليل عليه لظاهر ان المحجور
يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا
يضيع الامر على الناس (الا انه لا يبيع حتى يحضر مولا) لانه لا يقبل قوله في
الرقبة لانهما خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه
(فان حضر وقال هو مأذون ببيع في الدين) لانه ظهر الدين في حق المولى (وان
قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل (فصل) (واذا اذن ولي
الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل
البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي رة لا ينفذ لان حجره لصباه
فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره
فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعنق بخلاف الصوم والصلوة
لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله فحققت الضرورة الى
تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان
التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب
تنفيذه على ما عرفت تقريره في الخلافات والصبا سبب الحجر
لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقائه ولايته

ع (قوله كيلا يضيع الامر الخ توضيحه ان للناس حاجة في قبوله لان الانسان يبعث (لنظر)
الاحرار والعبيد في التجارة فلولم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين عند كل
تصرف انه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق مالا يخفى ع (قوله الا انه الخ استناد من قوله لزمه
كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يبيع في الدين حتى يحضر مولا ع

(قوله واحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غير هافيقنا ولاية الولي ليتدارك ذلك ع (قوله يكون موقوفا الخ فان قيل اذاع با شيئا باضاعى يكون نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوقه بلا تروقى اجاب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا ع (قوله ينتظم الاب والجد الخ ليس المراد به الترتيب لان وصى الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه هو الاب ثم وصى الاب ثم الجد اب ب ثم وصيه ثم القاضى او وصيه ثم الوالى عناية (قوله والوصى والقاضى الخ اما الام او وصى الام فلا يصح منهم الاذن له في التجارة لانه غير ولى في التصرفات مطلقا بل هو كالاجنبى الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصى الام العروض التى حدثها لصغير من الام بطريق التحصين والحفظ على الام المينة وعلى الصغير لانه تجارة حتى لو اشترى شيئا آخر لليتيم لا يجوز وليس فى الاذن تحصين وحفظ ك (قوله بخلاف صاحب الشرط فى المغرب الشرط بالسكون والحركة خيار الجند واول كنيته يحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة فى باب الجمعة يراد به امير البلدة كاعير بخارى وكان الولي اكبر من صاحب الشرط لان للوالى تقليد القضاء فلذلك ثبت ولاية اذن الصبي للوالى دون صاحب الشرط ك (قوله

لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعناق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء عند تربيته النفع والضرر فيجعل اهلاله بعد الاذن لاقبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه وذكر الولي فى الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصى والقاضى والوالى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالب للملك جالب للربح التشبيه بالعبد المأذون له بفيد ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيافلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كافى العبد ويصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد والمعنوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب فى اللغة عبارة عن اخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفى الشريعة افعال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فتكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا ينوقى على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله) وفى بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان

بالسكوت بان يراه وليه يبيع ويشترى ويسكت عينى (قوله كتاب الغصب المناسبة بين كتاب الغصب وكتاب المأذون ان المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف لاباذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة لانه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع عن (قوله اخذ مال الخ ثم لابد ان يزداد على هذا التعريف على سبيل الجهر ليخرج السرقة شرح وقاينه

(قوله لابي يوسف الخ قدم قول ابي يوسف في التعليل ولم يوسط كما هو حقه لرعاية بيان الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان فان الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الحصوة فاي ايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يأت الا بتقدم قول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول ابي حنيفة فخرج (قوله) انه لما انقطع الخ اقول قول ابي يوسف اعديل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الحصوة والقيمة تعتبر بطريق الرغبات وقتلها وفي المعدوم هذا متعذر

٢٨٨

او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب شرح وقايه (قوله) ولما لم يوصر الخ لو كانت القيمة ثابتة بمجرد القيمة لكان يجبر على قبول القيمة لو اتي بها الغاصب ولا يمكن له الصبر الى مجيء اوان المثل وحيث لم يجبر ولنا ذلك على ان ايجاب المثل انما يثبت بالقضاء كـ (قوله) فهو كالمكيل قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تبييضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعيرع (قوله) لقوله عليه السلام على الخ قلت اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدى (قوله) لا يجعل الخ قلت اخرجه ابوداود

ادفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم بخنفسون) وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحقق بما لا مثله فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الزمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا يحنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصير الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاض فيعتبر قيمته يوم الحصوة والغضام بخلاف ما لا مثله لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثله فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الخ في الجنس فيراعى في المالية وحدها فبالضرر يقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثله قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يجعل لامد ان يأخذ مناع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصل على ما قاله الواو رد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصل القيمة و رد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الامكام (والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى حلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لآظهرها ثم قضى عليه ببذلها) لان الواجب رد العين والهالك يعارض فهو يدعى امرا عارضا بخلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن مناع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهالك سقط عنه رده فيلزمه رد بطله وهو القيمة قال (والغصب فيدما ينقل ويحول

في كتاب الادب في باب المزاح والتمزج في اول الفتن عن يزيد ابي السائب قال قال رسول (لان) صلى الله عليه وسلم لا يأخذ احدكم متاع اخيه جادا ولا لاعبا واذا اخذ احدكم عصا اخيه فليردها عليه (قوله) لاعبا ولا جادا يتوسط حرف العطف بينهما اي لا يريد سرقة ولكن يريد ادخال الغيط على اخيه فهو لاعب في مذهب الصوفية جاد في ادخال الغيط على اخيه كـ

(قوله) وإذا غصب الخ اقول كان اللائق بالمصنف ان يذكر الغايد الوافي قوله فاذا غصب الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر علامة التفرع في اللفظ والعجب ان كلمة الغاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية ثم اقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب الخ هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي وقال بعض الفضلاء اطلاق بالغصب في قوله واذا غصب الخ لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة تنساج (قوله)

فهلك في يده بان غلب السبيل على الارض فبقيت تحت السماء او غصب دارا فهدمت باقة سماوية او جاء سبيل فذهب بالبناء ك (قوله) لتحقق الخ هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي يتحقق الغصب باثبات اليد المبطله وتعليل قول محمد على هذا الوجه يدل على ان الاختلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب بانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطله لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد العبد وان كما قاله الشافعي اذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما في زوائد المغصوب ك (قوله) لاستعالة اجتماع اليدين اي من جنس واحد وانما قيدنا بهذا احترازا عما اذا جرداره من رجل فانها في يد المسنأجر حقيقة وفي يد الأجر حكما لكنهما يدا مختلفان ع (قوله) وجود الوديعة اي في العقار فانه اذا كانت وديعة في يد شخص فجعله كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقار فهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستعالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول ويجوز الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازاليد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجها عنها وهو فعل فيه لان العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله او سكتاه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف العقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهضت الدار بسكتاه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر غصب البايع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال (واذا انقص بالزراعة يفرم النقصان) لانه اتلاف اليعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق بالفضل وسذكر الوجه من الجانبيين (قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه) وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة ويتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فماتعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ١٩

الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود به تناقض ظاهر ع (قوله) كما اذا بعد المالك عن المواشي فانه ذلك لا يكون غصبا حتى لو ميس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط ك (قوله) ممنوعة فان ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقار الا تضمن ع (قوله) ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي ظاهر واما قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به

(قوله ومراده الخ أي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أمافي الربويين كما اذا غصب حنطة فعفنت عنها او اناء فضة فانكسر عنده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربو لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولاشئ له غيره وان شاء اخذ مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان كان من ذوات القيم فان كان الاناء من فضة اخذ قيمته من النعيب وان كان الاناء من ذهب اخذ قيمته

﴿ ٢٩٠ ﴾

من الفضة كذا في نتائج الافكار وغيرها (قوله لما بينا اراد به قوله لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب كـ) قوله انه حصل الخ اقول فيه نزع تأمل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفاتت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقص الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفاتت فقط فما وجه القول بانه لا يتصدق نتائج (قوله انه حصل بسبب خبيث اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه حصل بسبب خبيث فان قيل التصرف في ملكه مستند فاين يكون الخبث فاجاب بقوله والمالك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه

تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربو قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رض وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهمانه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق اذا الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (قلوهلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان) لان الخبث لاجل المالك ولهذا الوادي اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يغيره لانه محتاج اليه فله ان يصرف الى حاجة نفسه فلو اصاب ما لا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلاشئ عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالقبين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح) وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقدمرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف ولانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقص منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقص من غيرها ونقص منها و اشار الى غيرها و اطلق اطلاقا

من وجه دون وجه وله لنا يظهر في حق القائم دون الفاتت ع (قوله بخلاف ما اذا باعه الخ اي الغاصب باع المغصوب واخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ولرجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب في اداء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يزول بالوصول الى يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده كـ

(قوله لا يطيب له الخ وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة يثبت الخبث ولا يثبت في الدارهم الا الشبهة لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر وادانقدا استفاد به سلامة المشتري فاذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه دينار جيد او ردى والمقدار وادانقدا ولم يشر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا يثبت انه لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة

﴿ ٢٩١ ﴾

ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي ره لان الاشارة اذا كانت لاتنفيد القيعين لابد ان ينأ كد بالنقد لينتفع الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوى الغين فوهبها او طعما فاكله لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربيع انما يتبين عند انعقاد الجنس (فصل) فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يجعل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذنه سيفا او صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعدموته للشافعي ان العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الربيع في الحنطة والقنطرية في طاحونة الغير فطحنت ولا تعتبر بفعله لانه محذور فلا يصلح سببا للملك على ما عرفت فصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة يصير حق المالك هالكا من وجه الاترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجع على الاصل الذي هو فوات من وجهه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محذور بل من حيث انه احدث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة وينفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يجعل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسن والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق

فاستوت في الخبث ك(قوله) وهو المختار قال في النفيرة قال مشايخنا الغنوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للعرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الاثمة السرخسي نتائج (قوله لان الربيع انما يتبين الخ لان الربيع فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند المجانس فلا تساوى فلا فضل ك(قوله) فصل فيما يتغير الخ 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 ع (قوله بفعل الغاصب احراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلاا الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذ وان شاء تركه وضمنه ع (قوله حتى زال

اسمها احراز عما اذا غصب شاة وذبحها * ١٩ لانه فات اعظم المقاصد وهو السر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه يقال شاة منبوحة (قوله واعظم منافعتها كما اذا غصب حنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهي جعلها بنيرا وهريسة وكشكا وغيرها ك (قوله يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز ع

(قوله عليه السلام في الشاة الخ رواه ابوداود في سننه في اول البيوع عن رجل من الانصار قال خرم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على القبر يوسس الحافر اوسع من قبل رجله اوسع من قبل رأسه فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجرى بالطعام فوضع يده ووضع القوم فاكلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمته في فيه قال اني احشاة اخنت بغير اذن اهلها فارسلت المرأة

﴿ ٢٩٢ ﴾

يارسول الله اني ارسلت بالبيع اشترى شاة فلم اجد فارسلت الى جاري قد اشترى شاة ارسل الى بئمنها فلم يوجد فارسلت الى امرأة فارسلت بها الى فقال عليه السلام اطعمه الاسارى تخربج زيلعي (قوله افاد الامر الخ فان قيل انه لا يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قاناروى عن محمد انه يتصدق بالاصل فبقى الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار ك (قوله اوضمنه الحاكم قيل معناه ان يكون المغصوب منه من كان القاضى ولياله وفيه انه لا يساعده قوله الآتى لانه لا يقضى الا بطلبه فان من كان القاضى ولياله لا يلزم منه الطلب لقضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان البتيم صغيرا جدا اللهم الا ان يقال ان طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى ولياله فانه نائب منابه وقيل

معناه قضى الحاكم بالضمان

للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المنبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصديق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع الغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتع باب الغصب فيجرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل بباح له لان حق المالك صار مرفى بالبطل فعملت مبادلة بالتراضى وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء ارضمنه الحاكم اوضمنه المالك لوجود الرضاء عنه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابى يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال (وان غصب فضة او ذهبا فزرعها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالها عنها عند ابى حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقال يملكها الغاصب وعليه مثلها) لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باقى من كل وجه الا ترى ان الاسم باقى ومعناه الاصل الثمنية وكونه موزونا وانه باقى حتى يجرى فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعى للمالك اخنها والوجه عن الجانبين قدسناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرار الغاصب بنقص بنائه الحاصل من غير خلفي وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبورا بالقيمة فصار كما اذا خا ط بالخيطة المغصوب بطن

(جاريتنه)

من غير ان يقع اداء البدل من الغاصب مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقدته (قوله ومن غصب ساجة بالجيم وهى الحشبة العظيمة جدا والحشبة المنحونة المهيئة للاساس ونحوه كذا في المغرب ك (قوله قدسناه اى في اول هذا الفصل في قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب ك

(قوله) او ادخل اللوح الخ فليس للمالك ان ينزع اللوح بوجه منها بشرط ان تكون السفينة في لجة البحر
وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عنده فلا يصح الاستشهاد مل (قوله) اذا بنى
في موالى الساجة بان جعل الساجة في وسط الجدار للالحكام للبناء كما في الايوانات والابنية المرتفعة ك
قوله) وكذا الجزور وهو ما اعد للذبيح من الابل والجزور هو القطع يقع على الذكر والانثى وانما ذكر الجزور
بعد ما ذكر الحكم في الشاة من

٢٩٣

الخيار بين تضمين القيمة
وتضمين النقصان لدفع شبهة
ترد على اختيار تضمين
النقصان بان يقال النقصان
بالذبيح في الشاة انما كان
بسبب تفويت صلاحيته
للذبيحة والنسل المطلوبين منها
فينبغي ان لا يضمن الغاصب
النقصان في الجزور بالذبيح
بل يستحق اجر المثل
لجزائه على المالك لانه
حق مقصوده فيها فكان
زيادة لانقصان فدفع تلك
الشبهة بقوله وكذا الجزور
وذلك لان نفس ازالة
الحياة عن الحيوان نقصان
فكان للمالك الخيار لانه
يعتدل ان يكون للمالك
مقصود فيها سوى الذبيحة والنسل
من الاسمان وتبقيتها الى
زمان يحصل مقاصده فيه
نتائج (قوله) جعل في الاصل
الخ في المبسوط ذكر محمد
في كتاب الغصب اذا غصب
ثوبا وقطعه قميصا فقبل ان
يخيطه جاء المالك فهو
بالخيار ان شاء اخذ الثوب

حارثه او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقيه
ابو جعفر الهندواني انما لا ينقض اذا بنى في حوال الساجة اما اذا بنى على
نفس الساجة بنقض لانه معتد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح
قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها
اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يداهما) هذا هو ظاهر
الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من
المحل والذبيحة والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في
الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك
ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف عبد
المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الأدمى يبقى منتفعابه بعد قطع
الطرف قال (ومن غرق ثوب غيره غرقا يسيرا ضمن نقصانه
والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما دخل عيب فيضمنه (وان
غرق غرقا كثيرا تبطل عامة منافعه فلما لمالكه ان يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك
من هذا الوجه فكانه اغرقه قال رض معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ
الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باقية وكذا
بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض
العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل
فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا
والغائث به بعض المنافع قال (ومن غصب ارضا فغرس فيها ابنى قيل له
اقلع البناء والغرس ردها) لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان
ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تنصر مستهلكة والغصب
لا ينحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها
كما اذا شغل ظرفي غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص
بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا

وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قميصا بقي صالحا لئلا يفسد وان
لم يبق صالحا للبقاء وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خير المالك ك (قوله) ليس لعرق ظالم بنتوين عرق على
وجه الصفة والموصوف ذكر في المغرب اي اذى عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا تستوجبها
وصى الغرس بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن وفي الاوضع انه في بعض
الروايات على الاضافة كفايه

(قوله يؤمر بقلعه يعنى ليس معنى قوله مقلوعا ان يقلع ثم يقوم بل يقوما وهما قائمان بقيمة مقلوعين عن (قوله فيقوم الارض الخ يعنى قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض وكذا البناء الخ (قوله اعتبار الفصل الساحة كما ان في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم يتضرر الارض به فكذلك هو هناك في كل منها شغل ملك الغير بملكه

٢٩٤

ع (قوله والخيرة الخ جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة ثوب ابيض ع (قوله لكونه صاحب الاصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ ع (قوله فيتنال شى اى بالغسل ولم يحصل للغاصب منه شى * فلم يؤمر الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه اصلا (قوله في اصل المسئلة يعنى في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر الخ واحتزر بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذى ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كان مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسئلة فقيه بذلك تصعيحا للنقل ع (قوله الوجه الخ اى الجواب وتعليل في السويق كالجواب والتعليل

ويكونان له) لان فيه نظر الهماء ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لانه فيه ادلا قرار له فيه فيقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلتنه بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذها وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعى ره في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالتقدير المكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز مكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية المجانين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان التقص له بعد التقص اما الصبغ فيتنال شى وبخلاف ما ان صبغ بهبوب الربح لانه لاجناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب فيمتلك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة ره في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية المجانين في البيع ويتاق هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالغلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة ره وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقص السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ره انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ

(ثوبه) في الصباغ اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء اخذها وغرم السمن واما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فصل احد فقد ذكر في الابيضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتابع له فانه يقال سويق ملتوث واما العسل والسمن فكلهما اصلان ك

(قوله جبرت الخ فان صاحب الثوب استوجب نقصان قيمة الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة بالمائة قصاص فيرجع عليه بما بقي من النقصان وهي خمسة عيني (قوله فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو أدب المصنفين كذا في النهاية نتايج (قوله فغيبها فالملك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء مضى رقيمتها فان اختار تضمين ﴿ ٢٩٥ ﴾ القيمة فضمنها الغاصب ملكها ع (قوله عدوان محض اي ما فيه وجه اباحة فلا يصلح سببا للمالك لانه حكم مشروعاً فيستدعي سبباً مشروعاً والتعدي لا يكون مشروعاً لان ادنى درجاته ان يكون مباحاً والتعدي لا يكون مباحاً ك (قوله انه ملك الخ يعتبر ان الملك ملك البديل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك بديل شئ خرج المبدل عن ملكه في مقابلة ودخل في ملك صاحب البديل دفعا للضرر عن مالك البديل بشرط ان يكون البديل قابلاً للنقل من ملك الى ملك والمدير ليس كذلك ع (قوله نعم قد يفسخ الخ جواب عما يقال لان سلم ان المدير لا يقبل النقل فان مولا لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير اذا خاصمه المشتري بالتسليم وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فتح كان البيع مصادفاً

ثوبه وخمسة دراهم لان احدى المستثنين جبرت بالصبغ (فصل) (ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدير ولنا انه ملك البديل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدير لانه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده بصادق القن قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) لانه اثبت بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها يقول المالك او بينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافاً لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لغوات الرضاء قال (ومن غصب عبد افباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنقود البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرتها البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكمها فيمنعها اياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون

لكن لا للمدير فيجوز بيعه امصادفة القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير مل (قوله لان يقيم المالك الخ فان عجز عن اقامة البينة وطلب بين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لا تقبل بينته بل يخلف عن دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل قال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليدين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت ع

(قوله مضموننا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من الخروج ع) (قوله ما كانت ثابتة الغ واترض بان هذا يقتضى ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حامل لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فجعلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشرور

٢٩٦

نتائج (قوله ولو اعتبرت اي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبع المالك الام فانه ما زال اليد اذا الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ك (قوله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كمالو باع الوديعة وسلمها فانه يكون ضامنا فان قيل فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد قلنا بل فيه تفويت يد لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال بيعه وتسليمه فلو جرد التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا في المبسوط ك (قوله وهو الشرع لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى ماء منه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب للضمان ك (قوله ولو اطلق الجواب الخ يعني لو

مضموننا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتابة وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الطيبة المخرجة لا يضمن ولها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صامب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جنائية ولهذا يتكرر يتكرر هاويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واخرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وقاؤه جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي رة لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابر الملكة كما في ولد الطيبة وكما اذا هلك الولد قبل الرد وماتت الام بالولد وقام صار كما اذا جاز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره واعلمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرفت وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سبية فهزلت ثم سمت او سقطت ثنيقتها ثم نبتت او قطع يد الغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الطيبة ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخرج الثانية ان الولادة ليست بسبب الموت الام اذا الولادة لا تنقض اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذلك الابن من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الغسقة والاتحاد في السبب فيهما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة عيبها الفهم قال (ومن غصب جارية فزنى بها فجعلت ثم ردها وماتت في نفاسها

قبل بوجوب الضمان في ولد الطيبة سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جنائية (بضم) اي اتلاف لان الضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية حكما لانه كان صيدا آمنا في الحرم وذلك في تنفذه وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدي وانما يجب الضمان ففيها بتفويت الايدي لاثبات اليد عليهما كافي

(قوله قد صح لانه اوصى الحق الى المستحق وصحة الرد يوجب البراءة عن الضمان فان قيل لانسلم ان الرد صح لانه هلك بسبب كان عند الغاصب اجاب بقوله والهالك الخ ع (قوله بسبب حدث الخ اقول يرد عليه في الظاهر انه جعل الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر انها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذا تفض الىه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه نتائج (قوله وفي فصل الشراء

٢٩٧

بضمن قيمتها يوم عقلت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند أبي حنيفة وقالوا لا يضمن في الامة ايضاً لهما ان الرد قد صح والهالك بعينه بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا جئت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد عقلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجب الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جئت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب للجمل مالم لا جارح ولا متلف فلم يوجب السبب في يد الغاصب (قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المنهيين بين ما اذا عطلها او سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لاشي عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقد فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لمحدثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها وانلافها لانه لا يبقاؤها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فناؤها وبقاها الاعيان وقد عرفت هذه البأخذ في المختلف ولانسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب مالا يتقوم

(قال واذا اتلف المسلم خسر النسي او خنزيره ضمن قيمتها فان اتلفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعي ولا يضمنهما للنسي ايضاً وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما

الخ هذا جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد عقلت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سلم فنقول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه مال متقوم وقد وجه ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهم الا يقابلها شي من الثمن وبموتها في النفاس لا يندم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض لان الاوصاف داخلية في الغصب ولهذا لو غصب جارية سميعة فزنت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب يكون الرد بدونها ردافسادا ك (قوله وما ذكرناه اي حاصل ما ذكرناه وهو ان يردها كما غصب ن (قوله شرط صحة الخ اي الرد على الوجه الذي اخذ شرط صحة الرد فحيث غصبها ولم يوجد

في سبب التلف وهو الحجيل وردت وفيها ذلك لم يوجد شرط صحة الرد فلم يصح الرد (قوله فلم يوجد السبب اي سبب التلف او الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجرح المتلف في يد المالك كان سبباً حادثاً في يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع انوار الحمى المتواليه وذا لا يحصل بذلك الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الام الولادة فما يحدث به يكون مضافاً الى السبب الاول

(قوله ان التقدم باق الخ تعقيب ذلك ان الحمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذلك في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام وورد الخطاب بالحرة خاصا في حق المسلمين فكانا مراما عليهم وبقي احلالا على الكفار ككناح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقى حلالا في حق الكفار الا ترى الى خطاب الله تعالى الى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الحمر والميسر والانصاب والازلام

رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه والمؤمن هو الذي يفلح وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير عن (قوله كالخيل لنادل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سال عماله ماذا تصنعون بما يربيه اهل النعمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا وولوهم ببيعها وخسروا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لئلا ينهم بذلك ع (قوله بغلاف الربوا فاننا نتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لانا لانضم لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الامن اربي فليس ابنا وبنيه عهد كافي (قوله لانه مستثنى الخ فلا يشمله عقد النعمة الموجب لترك التعرض فيما

دمى او باعها من النسي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكنا في حق النسي لانهم اتباع لنا في حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقدم باق في حقهم اذا حمر اهم الحلال لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيوف موضوع فيتعذر الالتزام واذا بقي التقدم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضته بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قية الحمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع من تملكه ما لكونه اعززا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين النسيين لان النسي غير ممنوع عن تملك الحمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبغلاف العبد المرتد يكون للنسي لانا ماضينا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يجهل ان ولاية المعاجة ثابتة (قال فان غصب من مسلم خمر افخلها او جلت ميتة قد بعه فلصاحب الخمران يأخذ الحبل بغير شيء ويأخذ جلت الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا ديفعه بماله قيمة كالقرط والعص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة فلهذا يأخذ الحبل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يجهسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع (قال وان استهلكهما ضمن الحبل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه ويرد هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الحبل فلانه لم يبق على ملك مالك وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الحبل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان

يدينونهم وايضا اخذ الربوا ليس بديانة منهم اذ لم يجز الربوا في دين من الاديان خصوصا (يأخذ) اهل الكتاب قال الله تعالى في حقهم واخذهم الربوا وقصدوا ههنا فان قيل قوله عليه السلام الامن اربي فليس ابنا وبنيه عهد يقتضي انتفاء عقد النعمة بأخذ الربوا قلنا يجب تأويله بانه ليس ابنا وبنيه العهد بموجب العهد في حق ترك التعرض عليه جميعا بينه وبين الادلة الدالة على حرمة القتال عند قبول الجزية اعظم

(قوله كما في المستعار يعني ان المستعار واجب الرد فاذا فوت المستعير بالاستهلاك يجب عليه القيمة واذا فات فلا فائدة هذا الجلد واجب الرد فاذا فوته وجب عليه قيمته واذا هلك فلا غاية البيان) قوله محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضى قوم الجلد بالدرهم والدباغ بالنانير فيضمن الغاصب القيمة وبأخذ مازد الدباغ اما اذا قومها بالدرهم او بالنانير فيطرح عنه الخ ع (قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو

﴿ ٢٩٩ ﴾

بأخذه وهو مال منقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا صبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه يغلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحادهما فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه منقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يجبره حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان محال والجلد تابع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذلك التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن منقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قاذما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته وقيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو مال كالبلاش^٥ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذلك صفته ولو خلل الحمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه^٦ وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطى مثل وزن الملح من الحل وان اراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو

(قوله على ما بيناه من الدليل لابي حنيفة ولصاحبيه في استهلاك قبل هذا عن (قوله ثم قيل يضمنه الخ يعني لما كان عندهما للمالك ولاية التضمنين اختلف المشايخ على قولهما عن (قوله قالوا يشير الى ان ثمه قول آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه ع (قوله وبهذا فارق اى الاستهلاك الهلاك لانه لا تفريق منه هناك كذا قيل

(قوله لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك الفعل لان اعدام النوات ليس في قدرة الشر ولائذلك اذا تعطلت بعد ساعته لانها بالانقضاء لم تنصر مستهلكة لبقائها على مالهاك (قوله وهو على اصله الخ يعني ان اصل محمد وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما ورح كان الخل مشتركا بينهما فان اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خل المصوب منه ع (قوله في الوجهين يعني ما اذا صارت خلا من ساعة او بعد زمان ع (قوله ولا ضمان في الاستهلاك اى في استهلاك الخمر بخلط الخل لان خمر المسلم لا يضمن عن (قوله في الوجه الاول اى فيما اذا صار خلا من ساعة ك (قوله لما بينا اى انه يصير ملكا للغاصب ولاش عليه ك (قوله اجر واجواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شئ معناه ان بعضهم حملوه على الوجه اول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم وبعضهم اجره على اطلاقه وقالوا للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها وهو التخليل بغير شئ التخليل بصب الخل والتخليل بالقاء الملح فيها فان الملقى يصير الخ (قوله في الوجوه كلها اى في الوجوه الثلاثة وهى التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الماء فيه عن

٣٥٥

على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو حلقها بالقاء الخل فيها فعن محمد انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولاش عليه لانه استهلاك له وهو غير منقول وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط بالخل في التقدير وهو على اصل ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولاش عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه اول لما بينا ويضمن في الوجه الثانى لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجر واجواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق منقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال (ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزرا او دقا او اراق له سكر او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في اللبن والطبل الذى يضرب للهو فاما طبل الغزاة واللبن الذى يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكراسم للنبي من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو البادق عن ابي حنيفة رايان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها بالخمر ولانه فعل ما فعل آمر بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولا يبي حنيفة انها اموال لصلاحيتها لما يجعل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يجعل فصار كالالة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبا على الهالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قبضتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش المنطرح والحمامة

(قوله وقد كثرت فيه الخ بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انها ينقطع (الطيارة) حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثل له من ملك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع ووجوه الاستهلاك كعدمه فبقى مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره ك (قوله قال في القاموس البادق بكسر الدال وفتحها ما يطبخ من عصير العنب او في طبخة فصار شديدا انت

(قوله كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما فالحق
تقديما لكونها مشروعة دونها لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه وسببها اتصال ملك الشفع
بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقار ع (قوله ثم للخليط في حق المبيع وهو الشريك الذي قاسم
وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين وانما قيدنا بذلك لانهما اذا كانا عامين لم يستحق بهما
الشفعة على ما يأتى عيني

﴿ ٣٥١ ﴾

(قوله وافساد الترتيب
صورته منزل بين اثنين في سكة
غير نافذة باع احد الشريكين
نصيبه فالشريك الملاصق
في المنزل احق بالشفعة
فان سلم فاهل السكة احق
فان سلموا فالجار وهو الذي
على ظهر المنزل وباب داره
في سكة اخرى عيني (قوله

الطيارة والديك المقاتل والعبد الحص تجب القيمة غير صالحة لهذه
الامور كذا هذا في السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان
المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا
اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته لانه مقر على ذلك قال
(من غصب ام ولد او مديرة فماتت في يده ضمن قيمة المديرة ولا يضمن
قيمة ام الولد) عند ابي حنيفة وقال يضمن قيمتهما الان مالية المديرة
منقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير منقومة عنده وعندهما منقومة
والدلائل ذكرناها في كتاب العناق من هذا الكتاب

﴿ كتاب الشفعة ﴾

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سهيت بهما فيها من ضم المشتراة
الى عقار الشفع قال (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في
حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) افاد هذا اللفظ ثبوت حق
الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلعله عليه السلام
الشفعة لشريك لم يقاسم ولعله عليه السلام جار الدار احق بالدار
والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولعله عليه السلام
الجار احق بسبقه قيل يا رسول الله ماسقبه قال شفعتي ويرى الجار
احق بشفعتي وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة
فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق
الشفعة معدول به من سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من
غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان
مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل
بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود
العاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة
انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف قطع
هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازواجه عن خطة آباءه

واحدا ت (قوله ينتظر له الخ يعني يكون على شفيعه مدة غيبته اه لا تأخير للغيبة في ابطال حقه لتقرر
سببه قبل معناه احق به عرضا عليه البيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه صلى
الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعبه وقوله ينتظر تفسير لبعض ما يشمله كلمته
احق وهو كونه على شفيعته مدة الغيبة ع (قوله بملك الدخيل اي المشتري وسماء دخيلا لانه ليس
باصيل في الجوار والاصيل هو الجار عيني

(قوله) وضرر القسمة الخ جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل عند بيع احد الشريكين فهو جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ولم يذكر الجواب عن الاستئثار بالحديث لانه في حيز التعارض مل (قوله) لا يصلح علة الخ يعني ان ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا وصار حقا عليه لا يصلح علة لتحقيق ضرر المشتري تملك ماله بغير رضاه وانما الضرر ضرر ليس بحق عليه شرعا

٣٥٢

ك (قوله الشريك الخ قلت غريب وذكر ابن الجوزي في التحقيق وقال انه حديث لا يعرف وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن شريح قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار من سواه واخرج ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي قال الشريك احق بالشفعة فان لم يكن شريك فالجار والخليط احق ممن الشفيع والشفيع احق من سواه ت (قوله) احق من الخليط اي الشريك راجع في حق الشفعة بالنسبة الى الخليط فلذا يتقدم على الخليط وان كان للخليط استحقاق معه بخلاف الابن وابن ابن آخر لان شرط استحقاقه عدم الابن فهنا لو اسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن والحاصل ان الشريك حاجب للخليط في الحكم والابن حاجب لابن ابن آخر في

اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبه الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجعا قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا انه مقدم قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محبوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا يجري فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهرا صغيرا خذ منه نهرا صغيرا منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجنود على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجنود لا يصير شريكا

السبب اعظمي (قوله) اخذها الجار لكن من شرط ذلك ان يكون الجار يطلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه اخذها اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له به عند ذلك ع (قوله) وبابه في سكة اخرى احتراز عما اذا كان بابه في سكة غير نافذة على هذه الدار ك (قوله) بغير مرض الخ اي لحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا اسقط حقهم بالبراء كانت التركة لغرماء المرض ليدونهم لان سبب استحقاقهم ثابت نهايه

قوله والشريك في الشبهة الخ تأويله اذا كان له حق وضع الشبهة تكون على الحائط من غير ان يملك شيئاً
من ربة الحائط لانه اذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير فكان جارا لاشريكا كافي (قوله لما بينا ان العلة هي
لشركة في العتار وبالشركة في الشبهة لا يكون شريكه في الدار ك (قوله ولا يعتبر الخ بيانه دار
بين ثلثة لاحد هم نصفها والاخر ثلثها والاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة
قضى بالشفص المبيع بينهما

٣٥٣

في الدار الا انه جار ملازق قال (والشريك في الشبهة تكون على حائط
الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعة فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم
ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصاء
لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعة فاشبه الربيع
الغلة والولد والثمرة ولنا انهم استودوا في سبب الاستعقاق وهو الاتصال
فيستودون في الاستعقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استعق كل
الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال توذن بكثرة العلة والترجيع
يقع بقوة في الدليل لا بكثرتة ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك
ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط
بعضهم حقه فهي للباقيين في الكل على عددهم لان الانتقاض للمزاومة
مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقض
بها بين الحاضر على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى الحاضر
بالجمع ثم حضر آخر يقض له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل
واحد تحقيقا للنسوية فلو سلم الحاضر ما قضى له بالجمع لا يأخذ القادم
الا النصف لان قضاء القاض بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف
بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده
لانه هو البيع لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة
انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا
يكفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع
وان كان المشتري يكتبه قال (وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب الموائمة)
لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك
رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاض
ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها
الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى او قضاء
القاض كافي الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد
الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار يجنب الدار المشفوعة

عند الشافعي اثلاثا بقدر
ملكهما وان باع صاحب
السدس نصيبه قضى بينهما
اخماسا وان باع صاحب
الثلث قضى بينهما ارباعا
نصفان في الكل وكذلك
على اصلنا اذا بيعت ولها
جاران جار من ثلثة جوانب
والاخر من جانب واحد وطلبها
الشفعة فهو بينهما نصفان
ك (قوله فاشبه الربيع فان
الشريكين اذا اشترى شيئا
بخمسة عشر درهما مثلا ولم
يشترط شيئا ومال احدهما
خمسة ومال الاخر عشرة ثم
باعاه فربعا ثلثة دراهم
فالدرهمان لصاحب
العشرة والدرهم الواحد
لصاحب الخمسة لان الربيع
تبع المال فكان بينهما على
قدر رأس المالين (قوله
والولد والثمرة اي اشبه
الولد من الجارية المشتركة
او البهيمة المشتركة
يكون الملك فيه لكل
واحد بقدر الملك في الام
وكذلك ثمرة النخل المشتركة

(قوله ولو اسقط بعضهم الخ يعني اذا اجتمع الشفعة واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضاء له حقه
او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقيين في الكل على عددهم دون انصائهم ع (قوله قطع الخ لان القاض لما قضى
بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضى عليه في امر لا يصير مقضيا له فيه ع

(قوله في الصورة الاولى وهى ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف يورث)
 (قوله في الثانية اى في الصورة الثانية وهى ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة وبأخذها قبل ان يأخذها فليس سبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم ن (قوله ولا يستحقها في الثالثة اى لا يستحق الدار التي بيعت بالشفعة في الصورة الثالثة وهى ما اذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرهما) (قوله طلب المراجعة سعى به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن رآها اى لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يسب هو السدى يسرع في طي الارض بمشيئه ك (قوله كما علم اى على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن والطلب صحيح بن غير اشهاد والاشهاد لمخافة المجرد فينبغي له ان يطلب حتى اذا خلفه المشتري امكنه ان يعانى انه طلبها كما سمع وذكر في شرح الاقطع وانما يفعل ذلك اى يطلب وان لم يكن عنده احد لملا يسقط فيما بينه وبين الله تعالى ك (قوله لما ذكرنا وهو قوله لانه حق ضعيف يبطل بالأعراض الخ وقال ابن ابي ليلى ان طلب الى ثلثة ايام

٣٥٤

قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لاثورث عنه في الصورة الاولى وبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله يجب بغير البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما تبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المراجعة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو لم يبيع الشفيع لم يطلب شفعة بطلب الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن رآها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله اوفى وسطه فقرا الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عادة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لان لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لاحول ولا قوة الا بالله او قال سبعا لله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شىء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها ثم من دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المراجعة والاشهاد فيه ليس بلام انما هو لتنفى التجاهد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او اناطلها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد متى يغيبه رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبي كان او امرأة اذا كان الجرحقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنه

فله الشفعة وقال السفيان له مهلة يوم حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا (لان) او دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة ك (قوله ولقوله عليه السلام الشفعة لمن رآها قلت غريب واخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح انما الشفعة لمن رآها ت (قوله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله الى قوله لا يبطل شفعته هذا على رواية ان له مجلس العلم ك

(قوله ليس فيه الزام حكم بل هو ابقاء ما كان على ما كان وفي حق الشفيع الزام حيث يلزمه سوء ضرر الجوار
كأن) (قوله وبخلاف ما اذا أخبره الخ حيث لا يشترط في المشتري أيضا أحد شرطى الشهادة يعنى أن المخبر
بالشفعة اذا كان هو المشتري وقال للشفيع قد اشتريت دار فلان فلم يطلب الشفيع الشفعة بطلت شفيعته
وإن لم يكن المشتري عدلا لأن المشتري خصم في هذا والعدالة في الخصوم ليس بشرط مل (قوله ولا يمكنه
بلغ حتى لو أمكنه ذلك) وأشهد ٣٥٥ * عند طلب الموائبة بأن بلغه البيع بعصرة الشهود المشتري

لأنه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة
غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والأشهاد لأنه محتاج اليه لإثباته
عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الأشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لأن
على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الأشهاد والتقرير وبيانه
قال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع
أن كان المبيع في يده) معناه لم يسلم إلى المشتري (أو على المبتاع أو عند العقار
فإذا فعل ذلك) استقرت شفيعته وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن
للاول اليد والثاني الملك وكذا يصح الأشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق
به فإن سلم البائع المبيع لم يصح الأشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما
أذ لا بد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول أن فلانا
اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا
على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد يده لأن المطالبة
لأنصح الأفي معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد
أن شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب) عند أبي حنيفة
وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد أن تركها شهرا بعد الأشهاد بطلت
وهو قول زفر معناه إذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف أنه إذا ترك
المخاصمة في المجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لأنه اذ مضى مجالس
من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه
قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لأنه
لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لأنه أجل
ومادونه عاجل على مامر في الإيمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب
وعليه الغنوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بسقاطه وهو التصريح
بإسائه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا
ولافرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم أنه لم يكن في البلدة

أو البائع حاضر أو كان عند
العقار يكفيه ويقوم ذلك
مقام الطالبين ز (قوله أو على
المبتاع أى المشتري أطلق
هذا ولم يقيّد بكون الدار
في يد المشتري لأن هذا
لا يتفاوت فإن الطلب عند
المشتري صحيح سواء كانت
الدار في يد المشتري أو في
يد البائع هذا كله من النسخة
ن (قوله لم يصح الأشهاد عليه
كذا ذكره القدوري
والناطقي وذكر شيخ الإسلام
أنه يصح استحسانا زيلعى
(قوله أن تركها شهرا الخ قال
شيخ الإسلام القدوري اليوم
على هذا التغيير أحوال الناس
في الأضرار بالغير زيلعى
(قوله شهرا الخ وبرواية ثلثة
أيام لأنها هي التي ضربت
لأبلاء الأعذار كما هو الحال
للنفع زيلعى (قوله معناه
إذا الخ إنما قال معناه إذا تركها
من غير عذر لأنهم أجمعوا على
أنه إذا ترك بمرض أو ميسر
أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل
بهذا الطلب لا تبطل شفيعته
وإن طالت المدة عنائه (قوله
وما ذكر من الضرر الخ جواب

عن قول محمد ر ج يعنى أن (جلد الثاني) (المداية مع السكافية) ٢٠ الشفيع إذا كان غائبا فعلم بالشراء لم
تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا تبطل
وهو غائب لا تبطل وهو حاضر (قوله ولا فرق الخ أى لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين أن يكون الشفيع
حاضرا أو غائبا ثم لا يعتبر الضرر فيما إذا كان غائبا حيث لم تبطل حق الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب
الخصومة فيما إذا كان غائبا بالاتفاق فيجب أن لا تبطل أيضا فيما إذا كان الشفيع حاضرا وأخر طلب الخصومة ن

(قوله) واذا تقدم الشفيع الخ هذه هي كيفية طلب الخصومة التي كان وعدا قبل هذا (قوله)
فادعى الشراء الخ وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا وبين مصرها ومعلها ومطروعا
وانا شفيعها بداري وبين حدودها فمره بتسليمها الي وانما بين هذه الاشياء لان الدعوى انما تصح في العلم
واعلام العقار بهذه الاشياء (قوله) والا لكفه الخ اي ان انكر ان يكون شفيعها فانكر سبب شفيعته بان يكون
المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه انكر ﴿ ٣٥٦ ﴾ ان يكون المدعى جارا للدار المشتراة
وان يكون الدار التي يجنب
الدار المشتراة ملك
المدعى فالقول قوله وان كانت
تلك الدار في يد المدعى
وعلى المدعى ان يقيم البينة
على ان تلك الدار لملكه
لان اليد محتملة يجهل
ان تكون يد ملك ويجهل
ان تكون يد اجارة او هاربة
والمجهل لا يصلح حجة واقص
ما فيه ان الظاهر ان يده
يد ملك ولكن الظاهر يكفى
لابقاء ما كان على ما كان
ولا يكفى لاستحقاق امر
لم يكن وحاجة الشفيع الى
الاستحقاق على المشتري
والظاهر لا يكفى انك ن
(قوله) لا اختلاف اسبابها
فان بعضهم قالو ثبتت الشفعة
للجار المقابل وهي قول شريح
ذكره في المبسوط اذا كان
اقرب بابا وعندنا الشفعة
على مراتب فلا بد ان يبين
سببها لينظر القاضي ان
مازعمه سببا هل هو سبب
وبعد ان يكون سببا هل
هو محجوب بغيره (قوله)
فيحلف على العلم هذا قول
ابي يوسف وعن محمد رح

قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند
القاضي فكان عفرا قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء
وطالب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به
والاكفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفى لاثبات الاستحقاق
قال رض يسأل القاضي المدعى قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع
الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتهما واذابن
ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار
الى تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الحصاني وذكر في الفتاوى
تجد يد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالنجس
والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه
مالك للذي ذكره ما يشفع به) معنا بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى
لواقريه لزمه ثم هو استحلف على ما في يد غيره فيحلف على العلم (فان نكل
او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد
ذلك سأل القاضي) يعني المدعى عليه (هل ابتاع ام لا فان انكر الابتاع
قبل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته
بالحجة قال (فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما
استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل
والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف
بتوفيق الله وانما يحلفه على البينات لانه استحلف على فعل نفسه وعلى
ما في يده اصاله وفي مثله يحلف على البينات قال (وتجوز المنازعة
في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي
بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد
انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لان الشفيع عساه يكون مقلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى
لا يتسوى مال المشتري وجهه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء

(ولهذا)
يحلف على البينات لان المدعى يدعى
عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار كالوادعى الملك بسبب الشراء او غيره وهو ينكره وهناك يحلف
على البينات كذا ههناك (قوله) وذكرنا الاختلاف الخ وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين فالاستحلاف من كتاب
الدعوى بقوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجه الى ان قال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والله
على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب ك

قوله لانه فصل مجتهد فيه يعنى ان عند محمد لا يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن ومع هذا لو قضى بها قبل
لاحضار ينقذ القضاء عندنا ايضا الوقوعه في محل مجتهد فيه مل (قوله فيجبس الخ اى يعبس المبيع في يد المشتري
فى بأخذ الثمن ن (قوله لان اليد له وهى بمستحقة اى معتبرة ليد الملك ولهذا كان له ان يعبسه حتى
يستوفى الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احتراز عن بد المودع والمستعير ومن له يد كذلك
فهو خصم من ادعى عليه

﴿ ٣٥٧ ﴾

ع (قوله الى علة اخرى
فيكون اشترط حضور
المشتري معلولا بعلمتين
بعلة انه يصير مقضيا عليه
في حق الملك لانه ذكر
قبل هذا بقوله لان الملك
للمشتري واليد للبائع
والقاض يقضى بهما للشفيع
فلا بد من حضورهما وبعلة
انه يصير مقضيا عليه في
حق الفسخ كما ذكره ههنا
بقوله ليقتضى بالفسخ
عليه والقضاء على الغائب
لا يجوز ملكا او فسحا فلا
بد من حضوره ن (قوله
ان يفسخ في حق الاضافة
اى اضافة العقد الى المشتري
فكانه جدد العقد واصله
الى الشفيع فكان البائع
باعها من الشفيع فان قيل
فعلى هذا لا يكون اخدا
بالشفعة بل بالشراء من
البائع ولهذا يرجع
بالعهدة عليه فلناعم لكنه
يسمى اخدا بالشفعة نظرا
الى الظاهر اعظمى (قوله
في حق الاضافة فان قول
البائع للمشتري بعث

ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشتري
ان يعبسها حتى يستوفى الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد
فيه ووجب عليه الثمن فيعبس فيه فلواخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع
الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال
(ان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان
اليد له وهى يد مستحقة ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشتري
فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه)
لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاض يقضى بهما للشفيع فلا بد من
حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع
لانه صار اجنبيا اذا لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه
اشارة الى علة اخرى وهى ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لابد
من حضوره ليقتضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان يفسخ
في حق الاضافة لا امتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ
لانه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول
الصفة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلماذا يرجع بالعهدة على البائع
بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم
ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب
الفسخ وقطولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى
قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد
والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا ان يسلمها الى
الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم) هو الموكل
وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرفت فتسليمه اليه
كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه لانه مع ذلك قائم مقام
الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل
الغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا

ايجاب للبائع وقوله منك اضافة اليه فاذا اخذ الشفيع * ٢٥٠ بالشفعة كان ذلك البيع اضيف الى الشفيع
بعد ان كان مضافا الى المشتري فينتقض البيع في حق الاضافة لانه ينتقض اصل العقد كما اذا رمى
سهما الى انسان فنقدم عليه غيره فاصابه فالرمى في نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجيه على
الاول قد انقطع بتدخل هذا الثاني فخرج من ان يكون مقصودا بالرمى فكنا ههنا تحولت الصفة
اليه كان العقد من الابتداء وقع معه كافي

(قوله اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه قبله لانه لا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغلب الناس
فلا يجوز فيما لا يتغلب الناس في مثله لان ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش فلا يجوز ذلك
ن (قوله فيما يجوز بيعه ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط البائع اذا كان وصيا للميت الا ان الورثة
كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ يباع فيه الدار لم يجوز بيع الوصي لان الملك للورثة
وهم متمكنون من النظر لانفسهم

وان كان فيهم صغير جاز
بيع الوصي في الدار جميعا
وكذلك ان كان عليه دين
او وصى بوصية من ثمن
الدار وهو استعسان ذهب
اليه ابو حنيفة رح وفي
القياس لا يجوز بيعه الا في
نصيب الصغير خاصة او بقدر
الدين والوصية ثم فيما
جاز بيعه كان للشفيع ان
ياخذ الدار منه بالشفعة
اذا كانت في يده ك (قوله
فصل في الاختلاف لما ذكر
مسائل الاتفاق بين الشفيع
والمشتري في الثمن وهو
الاصل شرع في بيان مسائل
الاختلاف بينهما فيه ن
(قوله ولانص ههنا انما
النص في حق البائع
والمشتري مع وجود معنى
الانكار من الطرفين هناك
فوجب اليمين لذلك
في الطرفين ولم يوجد
الانكار ههنا في طرف الشفيع
فلم يكن في معنى ما ورد فيه
النص فلذلك لم يجب
التعالي ههنا وان كان
الشفيع والمشتري بمنزلة
البائع والمشتري ولكن

اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى للشفيع
بالدار ولم يكن آهافله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردّها وان
كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا بيري انه
مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كافي الشراء لا يسقط بشرط البراءة
من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه فصل
في الاختلاف قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول
المشتري) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر
والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتعالفان لان الشفيع ان كان يدعى عليه
استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ
ولانص ههنا فلا يتعالفان قال (ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع) عندابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها كثر انبأ تافها
كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لاتنا في بينهما
فيجعل كان الموجود ببيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف
البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا
الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لان
كالبايع والموكل كالمشتري منه كفي وانها ممنوعة على ما روي عن محمد
واما المشتري من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم قلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك لا يفسخ
الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبيّنات للالزام قال (واذا ادعى المشتري ثمنه وادعى
البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان
ذلك خطأ عن المشتري) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع
فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع
بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله
تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن

لمعنى فارق بينهما لم يكن ورود النص بالتعالي هناك بمنزلة الورود ههنا (قوله كبينة البائع
اي مع المشتري يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة البائع
لانها تثبت الزيادة ك (قوله والمشتري من العدو وان كبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم
فان المشتري من العدو والحربي مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن الماسور واقاما البينة كانت البينة
بينة المشتري من العدو ولما فيه من اثبات الزيادة ن

(قوله تعلقت الشفعة به لانه اخبر عن الثمن في حاله ولاية البيان فبنى الحكم عليه ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفع في الاخذ بما قاله فيرد عليه بخلاف ما اذا اقرما استيفاء الثمن اولالانه بذلك خرج من البين فلم يقبل ببيانه وقد خرج من البين ك (قوله لم يلتفت الخ وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المبيع اذا كان يد البائع فاقرب قبض الثمن وزعم انه الف فالتقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله

﴿ ٣٥٩ ﴾

ع (قوله بعض الثمن الخ حطب بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لان في المراجعة ليس في الزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان الزيادة فيها ابطال حق يثبت للشفع باقرار ع (قوله لانه لا يلتحق الخ وذلك لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد فاما ان يصير العقد هبة ولاشفعة للشفع في الهبة او يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولاشفعة في البيع الفاسد فيؤدى الى ابطال حق الشفع ك (قوله بقيمة اي بقيمة العرض عندنا وقال اهل المدينة ياخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى اقصا وهو المثل معنى فان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل لانها من ذوات الامثال وان اشتراها بعرض اخذها بقيمة العرض لعجزه

ما بقيت مطالبتها فيأخذ الشفع بقوله (قال ولو ادهى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان) وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع بذلك وان حلفا يفسخ القاضى البيع على ما عرف وياخذها الشفع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع (قال وان كان قبض الثمن اخذها قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهت حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بالخى وقبضت الثمن ياخذها الشفع بالخى لانه لما بدأ بالاقرار بالبائع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الخ لم يلتفت الى قوله لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن فصل (فيما يوجب المشفع) قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعدما اخذها الشفع بالثمن يحط عن الشفع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفع) لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفع لاستحقاقه الاخذ بها دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفع بقيمة) لانه من ذوات القيم (وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله) لانها من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعديد المتقارب

عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان يبيع الشيء بالقيمة فهو في حال البقاء فصار كالا يستحق احد العبدتين ويعتبر بقيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة ك (قوله كما في الاتلاف فانه عند تعدد العين برد المثل فيماله مثل والقيمة فيما لا مثله لنهاية (قوله لما فرغ من بيان احكام المشفع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به وهو التبع لان النذى يؤخذ به المشفع هو الثمن ن

(قوله كما في الزبوني فللشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشترى بالزبوني
ياخذ الشفيع بالزبوني كافي (قوله وليس الرضا به الخ دليل اخر تقريره انه لا بد في الشفعة من الرضا
لكونها مبادلة ولارضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضا في
حق الشفيع لتفاوت الناس ع (قوله رضا به الخ وليس من لوازم العقد فاشترطه في حق المشتري
لا يكون اشترطافي حق الشفيع

٣١٥

الخيار والبراءة من العيوب
زبلى (قوله وليس
الاجل الخ جواب عن قول
زفررح يعنى ان وصف
الشى يتبعه لامحالة وهذا
ليس كذلك فان الثمن
للبيع والاجل حق المشتري
على البيع فكيف يكون
الاجل صفة للثمن مثل
(قوله لما بيننا من قبل اى
في اواخر باب طلب الشفعة
وهو ان البيع انفسخ في حق
المشتري وقام الشفيع مقام
المشتري في حق اضافة
العقد اليه وبانفساخ العقد
يسقط الثمن عن المشتري
ك (قوله واذا اشترى
ذمى الخ قوله ذمى احتراز
عن المسلم فان شراء المسلم
بما ذكر فاسد لاشفعة فيه
وقوله بخبر او خنزير احتراز
عما اذا اشترى النمس
بمينة او دم فان الشراء بهما
باطل لا شفعة فيه او عن
الشراء بما هو متقوم عند
الكل فان الحكم لا يختلف فيه

من ذوات الامثال (وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة
الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذ به قيمته (قال واذا باع بثمن
مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صير حتى ينقض
الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل (وقال زفر
ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن
كالزيادة والاخذ بالشفعة به فيأخذ به باصله ووصفه كما في الزبوني ولان
الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبيع او المبتاع وليس
الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة
وليس الاجل وصف للثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لاتبه فيكون
حق للبيع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت
الاجل الا بالذكر كذا في اثم ان اخذها بثمن حال من البيع سقط الثمن
عن المشتري لما بيننا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البيع على المشتري
بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع في حق
موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له
ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب
وان شاء صير حتى ينقض الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه
في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول
ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراضى عن الطلب
وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب
عند العلم بالبيع قال (واذا اشترى ذمى بخمر او خنزير وشفيعها
ذمى اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة
فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالحل لنا والخنزير
كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما
اخذها بقيمة الخمر والخنزير) اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا ممتنع
التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثل وان كان شفيعها
مسلم وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والنمس نصفها
بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعث بالكل فلو اسلم الذمى اخذها بنصف قيمة

بين المسلم والذمى وقوله وشفيعها ذمى احتراز به عن المرتد فان المرتد لاشفعة له سواء قتل
في رده او مات اولحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا يورث واما الحرابي المستأمن في وجوب الشفعة
له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمى لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات
مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمى في ذلك ك

(قوله) وبالإسلام الخ ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الإسلام يمنع قبضها
ولكن لا يبطل الشفعة لأنها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه زيلعي (قوله) كما إذا اشترها الخ وكذا كل
ما يكون الثمن مثلياً فانقطع قبل الأخذ بالشفعة فإنه يأخذه بقيمته للمتغير زيلعي (قوله) فصل الأصل في
الشفعة عدم التغير والتغير بالزيادة أو النقصان بفعل نفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديراً بالتأخير
في فصل على حدة ع (قوله)

﴿ ٣١١ ﴾

ويعطى قيمة البناء أي
بضمن أرش النقصان والبناء
للمشتري فالحاصل أن عند
أبي يوسف أن شاء أخذه
بقيمة البناء والغرس قائمين
على الأرض غير مقلوعين
وإن شاء ترك وعند الشافعي
له خيارات ثلث أثنان ما قاله
أبو يوسف والأخران له أن
يقلع البناء ويضمن أرش
النقصان والتفاوت بين
قول الشافعي وبين قولهما
في الأمر بالقلع أن عنده
بضمن نقصان القلع وعند
هما لا يضمن نقصانه وذكر
في التنبيه لأصحاب الشافعي
أن للشفيع أن يقلع والمقلوع
للمشتري ويضمن الشفيع
ارش القلع ك (قوله) وصار
كالموهوب له يعني أن
الموهوب له إذا بنى في
الأرض الموهوبة ليس
للواهب أن يقلع بناءه ويرجع
في الأرض لأنه بناء في ملكه
وكذلك المشتري شراء
فاسداً عند أبي حنيفة وكما
إذا زرع المشتري ثم
جاء الشفيع فإنه لا يأخذها

الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما إذا
اعتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا
هذا (فصل) قال (وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار أن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري
القلع) وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة
البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي إلا أن عنده أنه إن يقلع
ويعطى قيمة البناء لأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على أن الدار
ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العداة وصار كالموهوب له والمشتري
شراء فاسداً وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب
الأخذ بالقيمة دفع على الضررين بتعمد الأذى فيصير إليه وجه ظاهر
الرواية أنه بنى في محل يتعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة
من له الحق فينقص كالأمر إذا بنى في الموهون وهذا لأن حقه أقوى من حق
المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينتقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف
الهيئة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة لأنه حصله بتسليط من جهة من له الحق
ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق
يبقى فلامعنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياساً وإنما
لا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر
وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب (ولو أخذها
الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحققت رجوع بالثمن) لأنه تبين أنه
أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لأعلى البائع أن أخذها
منه ولأعلى المشتري أن أخذها منه وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه ممتلك
عليه فنزلاً منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور أن
المشتري مقرر من جهة البائع ومسلط عليه لوجهته ولا غرور ولا تسليط
في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه قال (وإذا أنهكت الدار
أو أحرق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار أن شاء
أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير

بالشفعة حتى يدرك الزرع ك (قوله) دفع على الضررين الخ بيانه أنه اجتمع ههنا ضرران لأنه في
تكليف المشتري القلع ضرر بالاجبار له ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره
الأخذ لزمه ضرر زيادة الثمن إلا أن له جابراً لأنه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والضرر
ببطل أهون من الضرر بغير بدل فيصير إليه ك (قوله) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف
عنده لحق أقوى ع

(قوله فلا يقابلها شيء) الخ لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فكان بمنزلة العين في الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئا من الثمن اذا كان باقة سماوية لان الثمن يقابل بالاصل دون الوصف فان قيل الطرف انما جعل وصفان العبد ونحوه لانه لا يجوز ايراد العقد عليه مقصودا اما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جائز فوجب ان يعتبر اصلا كالعرصة ويجب بمقابلته شيء من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القلع (٣١٢) وعند ذلك بصير اصلا لاراد العقد عليه وهو تبع لا يجوز لانه بمنزلة العين من العبد ك (قوله بحصنها فيقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن ك (قوله فيقابلها الخ فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسئلة الاولى وهو اذا اتهم بنفسه وكان النقص باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقص يوم الاخت بالشفعة لانه صار له قيمة بالمجس زيلعي (قوله فائمه في يد المشتري قيد بقوله في يد المشتري لانه اذا اثمر في يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشتري له حصة من الثمن كما اذا كان موجودا في وقت الشراء ك (قوله على ما عرف في ولد المبيع فان الجارية المبعة اذا ولدت ولد اقبل قهض المشتري

ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصير مقصودا ولهذا يبيعها مرابعا بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الغائث بعض الاصل قال (وان شام ترك) لان له ان يمنع عن تملك الدار بماله قال (وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصه بحصتها وان شئت فذع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باقة سماوية (وليس للشفيع ان يأخذ النقص) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعها قال (ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمرا خذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسن وفي القياس لا يأخذ لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صارت تبعها للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذ الشفيع قال (وكنك ان ابتاعها وليس في النخل ثمرا فائمه في يد المشتري) يعني بأخذه الشفيع لانه مبيع تبعها لان البيع سري اليه على ما عرف في ولد المبيع قال (فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعها للعقار وقت الاخت حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذ قال في السكتاب فان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضى الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابلها شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الاتبع فلا يقابلها شيء من الثمن والله اعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي ره لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيه لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربيع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع

يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري ايضا كلام ن (قوله في الفصلين (ضرر) اى في فصل ما اذا كان النخل ثمرا حين وقع الشراء ثم جده المشتري وفي فصل ما اذا لم يكن على النخل ثمرا حين وقع الشراء على الارض والنخل ثم اثمر النخل ثم جده المشتري ثم جاء الشفيع ن (قوله لا يقسم اى مما لا يعمل القسمة اى لو قسم قسمة حسية لا ينتفع به كالحمام ن

(قوله سبب دوامه الحسب بسكون السين وفنعهما في معنى القدر واختر الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشرع (قوله وهذا بخلاف العلو الخ يتعلق بقوله ولاشفعة في البناء والعلو مجرد بناء فكان ينبغي ان لا يكون فيه شفعة الا انه التحق بالعقار كـ (قوله اذالم يكن طريق العلوفيه اى في السفلى وهذا لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هولنقى الشفعة اذا كان له طريق في السفلى بل اذا كان له طريق في السفلى كان استحقاق

﴿ ٣١٣ ﴾

ضرر سواء الجوار على مامر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحما م والرحا والبير والطريق قال (ولاشفعة في العروض والسفن) لقوله عليه السلام لاشفعة الا في ربع احواط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم سبب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولاشفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفلى اذالم يكن طريق العلوفيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال (والمسلم والذمي في الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغى والعاقل والحرة والعبد اذ كان مأذونا او مكاتب قال (واذا ملك العقار بعرض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري ضرورة او قيمة على مامر قال (ولاشفعة في الدار التي ينزوح الرجل عليها او يخالغ المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندها انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعراض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عندها فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كل في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأيا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقسا من دار مهورا او مياضاهيه لانه لاشفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعنف غير متقوم لان القيمة ما يقرم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما على هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهر لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه القافلا لشفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقال تجب في حصة الالف

صاحب العلو الشفعة بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق اولى من صاحب الدار التي عليها العلو لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار كـ (قوله سواء قال ابن ابي ليلى لاشفعة للذمي ويقول لان الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكر له هذه الشريعة وهو الكافر ولكننا نأخذ بما قضى به شريع وقد تأيد ذلك بما مضى عمر رضى الله عنه نـ (قوله والصغير والكبير وهذا عندنا قال ابن ابي ليلى انه لاشفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذى بسوء المجاورة وذلك بين الكبار دون الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى

المستعير والمستاجر ولكننا نقول (٢٥) سبب الاستحقاق يتحقق في حق الصغير وهو الشركة والجوار من حيث اتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به ايضا ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال نـ (قوله على مامر اى في فصل ما يوجب به المشغوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمتها كـ

(قوله ولا يفسد بشرط النكاح ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعث منك هذه الدار بالف على أن تزوجني نفسك) (قوله إذا باع دارا الخ صورته إذا كان رأس المال ألفا فاتجر المضارب وبيع الغلام اشترى بالالفين دارا ورب المال شفعها بالجوار ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار أن الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب وكيل لرب

﴿ ٣١٤ ﴾

المال في حصته وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل فكذا في حصة الربح ن (قوله أو يصالح عليها الخ عطف القدرى قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة ع (قوله إذا لم يكن من جنسه أي إذا لم يكن الصلح على بعض المدعاة لأنه ح يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة ك (قوله إذا لم يكن من جنسه أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنس حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا يجب الشفعة ع (قوله لما ذكرنا يريد به قوله ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لأنه لا عرض فيها رأسا ك (قوله ولا بد من القبض الخ وهذا عندنا خلافا لزفر فإنه إذا وهب لرجل دارا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقابضا وبعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بيناه في كتاب الهبة أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين ك (قوله بخلاف الخ يعنى لا يثبت الشفعة ح أصلا في الموهوب ولا في العوض وإن كان العوض دارا ع

لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهمنا بنعقد بالخط النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لسكونه تابع فيه قال (أو يصالح عليها بانكار فان صلح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكار فكان قوله عليها لأنه إذا صلح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صلح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بسند المال اقتداء لبيئته وقطع الشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صلح عنها باقرار لأنه معترف بالملك للمدعى وإنما استفاده بالصالح فكان مبادلة مالية ما إذا صلح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع انقضاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررنا ذلك في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أوجب منها فامتنع الرجوع قال (وهن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبين على ما مر وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فلا الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر إبقاء ما كره في التمس يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو ضمنه في البيع فلا نعيده وإذا أخذها كان إجازة منه للمبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باختصاص

إذا وهب لرجل دارا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقابضا وبعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بيناه في كتاب الهبة أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين ك (قوله بخلاف الخ يعنى لا يثبت الشفعة ح أصلا في الموهوب ولا في العوض وإن كان العوض دارا ع

(قوله شراء فاسد انلويج الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسد ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقادها صحيحا حتى الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى عن نصراني دارا بمخر فلم يتقابضا حتى اسلما فانه يفسد البيع وحق الشفعين في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا ع (قوله لاحتمل الفسخ لان كل واحد من المتبايعين لسبيل من نقضه والنقض مستحق حق الله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد

٣١٥

فلا يجوز لافضائه الى التناقض

ك (قوله بخلاف الخ جواب

عما يقال احتمال الفسخ

في البيع الصحيح اذا كان

الخيار فيه للمشتري قائم

ولم يمنع حق الشفعة وتقرير

الجواب ان ذلك المشتري

صار اخص بالمبيع تصرفا

حيث تعلق بتصرفه الفسخ

والاجازة وذلك يوجب

حق الشفعة كالمأذون والمكاتب

اذا بيعت دار بعين داره

وفي الفاسد المشتري ممنوع

عن التصرف فيه ع (قوله

ممنوع عنه واعترض بان الانم

انه ممنوع عن الصرف بل له

ان يبيع ببيعاصحيا ولا يبقى

لبايعه حق النقض وفيه

تقرير الفساد ايضا واجيب

بان الانم ان له ذلك بل هو ممنوع

عنه وقد يترتب على المحذور

بعض الاحكام كالوطى حالة

الحيض فانه يحل للمرأة على

زوجها الاول وتقرير الفساد

المأمور بنقضه من الشارع

بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى

حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها)

اما قبل القبض فاعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ

حق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير

الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه

صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال (فان سقط حق

الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان

الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما اذا باع بخلاف

ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس

بشروط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري

قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم

بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال (واذا

اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى

الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة

قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفعين الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية

او شرط او يعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد

الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه

(وان ردها يعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ

في حقهما ولا يمتنع على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق

ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراض والشفيع ثالث

ومراد الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير

قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو

بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح

الرواية بالفتح عطف على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة

ممنوع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحذور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع ع (قوله فان سقط حق الفسخ بان باع المشتري من آخر وجبت الشفعة لان امتناع انما كان لثبوت حق الفسخ فاداسقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع الثاني ويأخذ بالبيع الاول بقيمته ك (قوله لان الملك له ولا يؤدي الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ والفساد في المأخوذة زيلعي

(قوله موجود في القسمة لما فيها من معنى المبادلة اغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيها غير
الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لان معنى الافراز فيها هو اغلب ولهذا كان لكل واحد من الشريكين
ان يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه زيلعي (قوله الاشهاد يعني طلب الموائمة وانما فسرنا بذلك لئلا يرد
ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط وترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ع (قوله بطلت شفعة
فان قلت ذكر ان ترك الاشهاد هنا يبطل الشفعة ﴿ ٣١٦ ﴾ وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة
ان الاشهاد ليس بلازم فكيف

وجه التوفيق بينهما قلت
يعتدل ان يسري بهما
الاسناد بنفس طلب الموائمة
ولما كان طلب الموائمة
لا ينفك عن الاشهاد
في حق علم القاضى سمي
هذا الطلب اشهادا ن
(قوله على عوض اشارة
الى ان الصلح ان كان على
بعض الدار صح ولم يبطل
الشفعة لان ذلك على وجهين
احدهما ان يصلحه على
اخذ نصف الدار بنصف
الثمن وفيه الصلح جائز
لفقد الاعراض والثاني
انه يصلحه على اخذ بيت
بعينه من الدار بحصته
من الثمن والصلح فيه لا يجوز
لان حصته مجهولة وله الشفعة
لفقد الاعراض ع (قوله
بطلت شفعة أما بطلان
الشفعة فلان حق الشفعة
ليس بحق منقرر في المحل
لانه مجرد حق التملك وليس
بحق منقرر في المحل لا يصح
الاعتياض عنه وامارد
العوض فلان حق الشفعة
لا يتعلق بالجائز من الشرط

﴿ باب ما يبطل به الشفعة ﴾

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حمين علم بالبيع وهو يدرك على ذلك بطلت
شفعته) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق ماله الاختيار
وهى عند القدرة (وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد
المتبايعين ولا عند العقار) وقد اوضحناه فيما تقدم قال (وان صالح
من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس
بحق منقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه
ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد اولى فيبطل الشرط ويصح
الاسقاط وكذلك الوبايع شفعته بماله ما بينا بغلاف القصاص لانه من
متقرر وبغلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره
اذا قال للمغيرة اخذت ابنى بالف او قال العنين لامرأته اخذت اى ترك الغنم
بالف فاخذت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا
بمنزلة الشفعة في رواية وفى اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقبل
هذه رواية في الشفعة وقيل هى في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه
قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعى تورث عنه قال
رضى الله عنه معناه اذ مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات
بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير
الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملك
عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه
للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات
المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين
المشتري ووصيته ولو باعه القاضى او الوصى او وصى المشتري فيها بوصية
فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لنقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه

يعنى الشرط الملائم وهو ان يتعلق اسقاطه ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع (في ميوته)
للمشتري سلمت لك شفعة هذه الدار على ان اجرتنيها او اهرتنيها فالفساد هو ما ذكر فيه المال والفصل
بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشغوع كالاجارة والاعارة والتولية ونحوها فهو
ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه ومالم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن
لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط ع

(قوله بطلت شفعته فان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت الغناء بالشفعة وانقضاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط
(قوله كما اذا سلم صريحا اي اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان
المشتري حاضرا او غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق ك) (قوله كما اذا سلم صريحا او ابراه عن
الدين وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا سلم الشفيع المشفوعة عن المشتري او استأجرها منه فان علم
الشراء سقطت والا فلا واجيب بان المساومة ﴿ ٣١٧ ﴾ والاجارة لم توضعا للتسليم وانما تسقط

بهما لدلالتهما على رضا
الشفيع والرضا بسند
العلم غير متحقق بخلاف
التسليم الصريح والابراء
ع (قوله او ابراه عن الدين
يعنى ابرأ من الدين
المديون وهو لا يعلم بان
له عليه دين يصح الابراء
ك) (قوله يسعى في نقض
الحج اما البائع فلانه بائع
حقيقة واما الركيل فتمام
البيع به ايضا لانه لولا
توكيله لما جاز بيعه ع
(قوله لان الواجب فيه
الحج فصار كما لو قيل بيعت
بالف فسلم ثم ظهر اكثر
من ذلك ولو كان قيمة
العرض اقل من ذلك لم
يصح التسليم ع (قوله
وقال زفر الحج وذكر
الاختلاف في الاسرار بين
علمائنا الثلاثة قال اذا قيل
للشفيع الشراء بالف درهم
فسلم فاذا يدينانير تساوى
الفاكان له ان يطلب عند
ابى حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف بطلت شفعته استجسانا
لانهما جنس واحد في حق

في حيوته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت
شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا
يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابراه عن الدين
وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه
يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع او بيع له لا
شفعة له ومن اشترى او ابتاع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى
في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة
لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن العرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له)
وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع
وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع ثم بامضائه بخلاف جانب المشروط له
الخيار من جانب المشتري (قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم
فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بعتة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل
وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتغدير الجنس النسي
بلفه وتيسر ما يبيع به في الثاني اذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون
او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمتها الف او اكثر
لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير
قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لا تختلف
الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية (قال واذا قيل له ان
المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو
علم ان المشتري هو مع غيره) فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في
حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان
التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لاشفعة في ظاهر الرواية لان
التسليم في الكل تسليم في ابعاضه ﴿ فصل ﴾ قال (واذا باع دارا لا مقدار
فراعى منها في طول الحد الذي يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع
الجواز وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا

التجارات وضمنها وجه القياس ان الانسان قد تيسر عليه الشراء باحد هادون الآخر والرضا باحدهما
لا يبدل على الرضاء بالآخر وان كان الجنس واحدا فانه لو رضى بدراهم جياذ فاذا هي غلة كان له الطلب ك
(قوله وفي عكسه اي لو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر انه اشترى النصف فلا شفعة قال شيخ الاسلام
هذا الجواب معمول على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بان اخبرانه اشترى الكل بالف ثم ظهر انه
اشترى النصف بالف فاما اذا اخبرانه اشترى الكل بالف ثم ظهر انه اشترى النصف بخمسائة يكون على شفعته ن

(قوله) فالشفعة للجار الخ وفي المستصفي شرح النافع للعلامة النسفي تأويل المسئلة اذا بلغه بيع منها فردا اما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيقسم عليه يقتضى الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب ك (قوله) فينضربه اي ينضرب بمشتري الثوب الذي هو بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار ولا يتسكن البائع من رد الثوب الا برضاء المشتري فعس لا يرضاه ع (قوله) يبطل الصرف ﴿٣١٨﴾ زبراجه تقابل بدلين كه شرط است در بيع صرف يافته نشد درين صورت بجهت آنكه معلوم كرديد كه واجب بنود بر مشتري بهاي خانه كه بعوض آن دينار خريده بود ترجمه قوله تنفرق الصفقة الخ فلا يملك لما فيه من تبعض ملكه وانه في الاعيان المجتمعة عيب عن (قوله) فينضرب به زيادة الضرر فان اخذ الملك منه ضرر او ضرر التشقيس زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا يشرع على وجه ينضرب به الدخيل ضرر ازاذا ع (قوله) ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد للمشتريين اذا كان قبل قبض المشتري الدار او بعد ع (قوله) هو الصحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ نصيب احدهم من يد البائع ينضرب البائع بتفرق اليد بخلاف ما بعد القبض لانه لم يبق يد البائع ويقع التملك على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه فلا تفرق ك (قوله) بمنزلة احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار حتى ينقد الآخر ما عليه من الثمن فكذلك ههنا لما نقد الشفيع نصيب احدهم ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون بقية الثمن اذا كانت الدار غير مقبوضة عن

قال (واذا ابتاع منها سهما بشئ ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيقسم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعه بشئ ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيبيع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحققت الشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فينضربه والا وجه ان يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشتري يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال (ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد) لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو اباحنا الحيلة ما دفعناه ولا بي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا بعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة (مسائل متفرقة) قال (واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشترى اربعة من خمسة اخذها كلها وتركها) والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تنفرق الصفقة على المشتري فينضربه زيادة الضرر في الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تنفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا تقدم ما عليه الم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفرق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا التفرق لصفقة لا للثمن وههنا تفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامسها البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يبيع) لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا ينضرب القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه يعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا بلغ احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع

(حيث) التملك على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه فلا تفرق ك (قوله) بمنزلة احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار حتى ينقد الآخر ما عليه من الثمن فكذلك ههنا لما نقد الشفيع نصيب احدهم ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون بقية الثمن اذا كانت الدار غير مقبوضة عن

قول فينزل منزلة الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من صاحبه يجوز ان كان
على العبد دين لانه يفيد ملك اليد فكذا الاخذ بالشفعة كافي (قوله ولاشفعة ان الخ بخلاف ما اذا
شري لانه ابتيع ومن ابتاع او ابتاعه لا يبطل شفעתه زيلعي) قوله وتسليم الاب والوصى الخ قد ذكرنا
ان العمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامهما
شرعا في استيفاء حقوقه وهو

٣١٩

الاب ثم وصيه ثم جده
ابوابيه ثم وصيه ثم
الوصى الذي نصبه القاضى
فان لم يكن احد من هؤلاء
فهو على شفעתه اذا ادرك
فان ترك هؤلاء الطلب مع
الامكان او سلم بعد الطلب
سقطت ع (قوله وعلى
هذا الخلاف تسليم الخ
فيصح التسليم لكن عند
ابى حنيفة اذا كان في مجلس
القاضى لان الوكيل بطلها
يقوم مقام الموكل في الخصومة
ومجلسها مجلس القاضى وعند
ابى يوسف فيه وفي غيره
لكونه نائبا عن الموكل
مطلقا وعند محمد وزفر
لا يصح منه التسليم اصلا ع
(قوله وهو الصحيح احتراز
عساروى ان محمد مع ابى
حنيفة في جواز تسليم
الوكيل الشفعة خلافا لابي
يوسف ع (قوله فعن ابى
حنيفة انه لا يصح التسليم
الخ واذا لم يصح التسليم
عده لا يصح عند محمد وزفر
ايضا لانها لم يريا
تسليمهما فيما اذا بيعت
بمثل الثمن فلان لا يريا

حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من
تمام القبض الذى هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع
كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع
يأخذ النصف الذى صار للمشتري في اى جانب كان وهو المروى عن ابى
يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابى حنيفة انه انما
يأخذ اذا وقع في جانب الدار التى يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع
في الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد ما دون عليه دين فله الشفعة
وكذا اذا كان العبد هو البائع فلم يولاه الشفعة) لان الاخذ بالشفعة تملك
بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولاشفعة لمن يبع له قال (وتسليم
الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال
محمد وزفر وهو على شفעתه اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغها
شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم
الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر
انه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه وقوده لانه شرع لدفع الضرر
فكان ابطاله اضارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملك ان تركه الا ترى ان
من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصى ولانه دائر بين النفع
والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية
فيملكه وسكوتها كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل
قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم
بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا
يملك التسليم كالاجنبى وان بيعت باقل من قيمتها بحاباة كثيرة فعن ابى
حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ايضا ولا رواية عن ابى يوسف

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها
في المغانم والوارث وجرى التوارث بهما من غير تكثير ثم هي لا تعرى
عن معنى المساواة لان ما يجتمع لهما من احدى ابعاضه كان له وبعضه

اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابى حنيفة بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها
بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما
في مال انما يكون بالنسبة الى احسن وليس تركهما ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابى يوسف
بقوله ولا رواية عن ابى يوسف لانه كان مع ابى حنيفة في صحة السلم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها ع

(قوله فكان مبادلة وافرزا لانه مامن جزءا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرزا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة كـ) قوله لعدم التفاوت اى بين ابعاض الكيالات والموزونات لان ما يأخذ مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه ولما جعل عين حقه في الغرض وقضاء الدين كافي (قوله هو الظاهر الخ فان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ع (قوله الا انها الخ جواب سؤال برده على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وفي المعنى فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الاى عليها اى في غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر قلنا يجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير الا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشقيق وان كان التسليم مبايعة وانما يجبر لحق الشقيق كـ) قوله كافي قضاء الدين فان القهوض ليس عين الدين وانما هو بدل منه والمدينون يجس حتى يبيع ماله ويقضى الدين فجريان الجبر لا ينفي المبايعة مل (قوله لتعذر المعادلة الخ لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالسجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص ع (قوله من جنس عمل القضاء وليست القسمة بقضاء على الحقيقة حتى لا يفرض على القاضى مباشرتها وانما الذى يفرض عليه جبر الاى على القسمة الان لها شبهة بالقضاء من حيث انها يستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضى جبر الاى ولم يملك الاجنبى ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان يأخذ الاجر عليها كـ

﴿ ٣٢٥ ﴾

كان لصاحبه فهو يأخذ عوضا عما بقى من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرزا والافرزا هو الظاهر في الكيالات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى به فاقسمه بين احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى به فاقسمه لايبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولوتراضوا عليها جاز لان الحق لهم (قال وينبغي للقاضى ان ينصب قاسما يبرزه من بيت المال ليقيم بين الناس بغير اجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبهه برزق القاضى ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم (قال فان لم يفعل نصب قاسما يقيم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يبرزه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعدهم عن التهمة (ويجب ان يكون عدلا مؤنعا لما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهى بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله (ولو اطلقوا فاقسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضى) لانه لا ولاية لهم عليه قال (ولا يترك القسام يشتركون) كيلا تصير الاجرة غلبة بنواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفتور فيرفض بالاجر (قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فينتظر

(يقدره) بقضاء على الحقيقة حتى لا يفرض على القاضى مباشرتها وانما الذى يفرض عليه جبر الاى على القسمة الان لها شبهة بالقضاء من حيث انها يستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضى جبر الاى ولم يملك الاجنبى ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان يأخذ الاجر عليها كـ

(قوله كاجرة السكيات الخ يعني اذا استأجروا السكيات ليفعل السكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصاف وكذلك الوزن والمخارج (قوله ان الاجر الخ تحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة بل بالاطناب والمش على الحدود لانه لو استعان في ذلك بآرباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم نفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصاف يزاد دقه بقلة الانصاف

﴿ ٣٢١ ﴾

فلعل تمييز نصيب صاحب القليل اشق ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيعتبر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلى الحكم باصل التمييز ع (قوله قيل هو على الخلاف يعني اذا استأجروا رجلا لسكيل الحنطة المشتركة بينهم او لذرع ثوب مشترك بينهم ان كان الاستيجار لاجل القسمة فالمسئلة على الخلاف ن (قوله وان لم يكن للقسمة الخ بان اشترى مكبلا او موزونا وامر امينا بان يكيه ليصير السكيل معلوم القدر والاجر بقدر الانصاف ع (قوله وهو العذر الخ اي العذر هو ان الاجرة مقابل بعمل السكيل والوزن لو اطلق ولا يفصل اي لو اريد اجراء المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل انه للقسمة اولاك (قوله وهو العذر الخ اي التفاوت هو العذر اي الجواب عن قياسهما على الاجرة تجب ثمة مطلقا بلا

بقدر كاجرة السكيات والوزن ومقدرا للبئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا ي حقيقة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد يعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلى الحكم باصل التمييز بخلاف مقرر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والسكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل السكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دارا وضبعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة ره حتى يقيموا البينة على موته وعد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم) لهما ان اليد دليل الملك والاقرار اماراة الصديق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كافي المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بينة الاعلى المتكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم لا يقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذا التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كافي الوارث او الوصي المقرب بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر للمعاجة الى الحفاظا العقار فمحض بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عندك وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكر كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقرها الملك لغيرهم قال رض هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير

اجرة السكيات والوزن لو كان (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٢١ تفصيل على قدر الانصاف فان كيل الكثير اشق واصعب لاعماله من القليل وكذلك الوزن بخلاف القسام فان القسمة اقراز والشريك فيه سواء فاذا افرز القليل افرز الكثير لاعماله وبالعكس عن (قوله وادعوا الخ قيد به لانهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق ك

(قوله هو قول ابي حنيفة الخ وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلاينة نفس هذا القول
ع (قوله لان قسمة الخ يعني ان القسمة نوعان قسمة بعق الملك لتكميل المنفعة وبعق البتلاخ
الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه لانه محفوظ بنفسه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك
تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز ع (قوله والدار في ايديهم والضمير في
قولهم في ايديهم ذكر بلفظ الجمع وان كان راجعا الى الثنية لان في الثنية معنى ٣٢٢) الجمع عن (قولهم لان
نظرا للغائب والصغير
الخ اي بظهور نصيبهما
مما في يد الغير فانه
بالقسمة يعزل نصيب
الغائب فكان هذا محض
نظر في حق الغائب
والصغير ك (قوله في هذا
الفصل اشارة الى قوله
وان كان العقار في يد
الوارث الغائب او شيء
منه لم يقسم ك (قوله هو
الصحيح احتراز عما ذكر
في المبسوط وان كان شيء
من العقار في يد الصغير
او الغائب لا يقسمها باقرار
المحضر حتى يقوم البينة
على اصل الميراث لانها
قامت لاثبات ولاية القاضى
في تركة الميت فتقبل مل
(قوله نصب القاضى الخ
وانما ينصب القاضى عن
الصغير وصيا اذا كان
حاضرا اما اذا كان غائبا فلا
ينصب عنه وصيا لان
القاضى لا ينصب الخصم
عن الغائب الا لضرورة
ومتى كان المدعى عليه
صبي او وقع العجز عن
جوابه لم يكن

ارض ادعاهارجلان واقاما البينة انهما في ايديهما وارادا القسمة لم يقسم احس
يقيما البينة انها لهما لا احتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة
وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة المحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة
الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثن واقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى
بطلب الحاضرين وينصب وكيله بقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب
صبي يقسم وينصب وصيا بقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولان
من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل (ولو كانا
مشتريين لم يقسم مع غيبة احدهم) والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة من
يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث او باع ويصرمغرور باشرائه
المورث فان نصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه
فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراعه لملك مبتدأ
ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
فوضع الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا
اذا كان في يد مدعيه وكذا اذا كان في يد الصغير) لان القسمة قضاء على الغائب
والصغير باستحقاق يد هما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس يقسم
عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين
اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال (وان حضر وارث
واحد لم يقسم وان اقام البينة) لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح
مخاصما ومخاصما وكذا مقساما ومقساما بخلاف ما اذا كان الحاضرا اثنين على ما بينا
(ولو كان الحاضر صغيرا او كبيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا وقسم اذا اقامت
البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقام
البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت
والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه
مقامه (فصل) فيما يقسم وما لا يقسم قال (واذا كان كل واحد من

(الشركاء)

عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضى

خصما عنه في حق الحضرة فلم يصح الدعوى لانها لاتصلح من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر لان
الدعوى يصح عليه لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب فينصب خصما يجب عنه بخلاف الدعوى على
الميت لان احضاره وجوبه لا يتصور فينصب واحدا في الامر بين جميعا ك

(قوله على ما بيناه من قبل اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز التقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كقضاء الدين الخ
ن (قوله فاعتبر طلبه الخ لانه طالب لان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف وان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه والقاضى نصب ناظرا لا يصلح
المحقوق الى اهلها ودفع المظالم

﴿ ٣٢٣ ﴾

الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها
عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل (فان كان يتمتع احدهم ويستنصر به
الاخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل
لم يقسم) لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر
وذكر الحصص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره
الاخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ابهما طلب القسمة
يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول (ان كان كل واحد منهما يستنصر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر
على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفريقتها ويجوز بتراضيهما لان الحق
لها وهما اعرف بشانهما اما القاضى فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض
اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس بتعدد المقصود فيحصل التعديل
في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهم في بعض) لانه
لا غنى لاطلين الجنس فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى
دون جبر القاضى (ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود والمنقارب
وتبر النهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم
ولا يقسم شاتا وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني) لانه باختلاف الصنعة
التعنت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف
(ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتغال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع
والاثنين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب
بثوبين او ثوب ورع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون
البعض وذلك جائز (وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما
(ولا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق الغنم وله ان
التفاوت في الادنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلفة بخلاف
الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى
من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المفانم لان حق الغانمين

ولا يعتبر تضرر الآخر
لانه يريد ان ينتفع بملك
غيره فلا يمكن من ذلك
وان لحقه بالمنع ضرر زيلعى
(قوله متعنت في طلبه
اى متعنت في طلب القسمة
والقاضى يجيب المتعنت
بالرد وتعذر الانتفاع
بنصيبه لقلة نصيبه للمعنى
من جهة صاحب الكثير
ك (قوله على قلب هذا
اى لو طلب صاحب القليل
قسم ولو طلب صاحب
الكثير لم يقسم وذكر
في بعض النسخ الحصص
مكان الحصص والاصح
هو الحصص لان الاول
قول الحصص ك (قوله
والوجه اندرج الخ لان
دليل القول الاول دليل
احد الجانبين ودليل
قول الحصص دليل الجانب
الاخر ع (قوله فيما ذكرنا
لان الاول منتفع به فاعتبر
طلبه وقوله والاخر يرضى
بضر نفسه ك (قوله
والاصح المذكور الخ لان
القاضى يجب عليه ايصال
الحق الى مستحقه وفي طلب
صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه

ان يجيبهم الى اضرار أنفسهم والى صاحب القليل ذلك * ٢١ زيلعى (قوله وفي هذا تقويتها فيعود
على موضوعه بالنقص وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع
ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضره زيلعى (قوله بعضها في بعض بان جمع
نصيب احدهما في الابل ونصيب الآخر في البقر عيني

(قوله ولا يقسم الخ الاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بل يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منفعابه انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والبرص ضرر لهما اولاهما فلا يقسم الا بالتراض ع (قوله لما بيننا اشارة الى ما ذكر في اوائل هذا الفصل فان كان كل واحد يستنصر اصغره لم يقسمها الا بتراضيهما ك) (قوله وعلى هذا الخلاف الخ اي عندهما للقاضي ان يقسم بعضها

﴿ ٣٢٤ ﴾

في بعض كما في الدور وعند ابي حنيفة يقسم كل قراح على حدة لانها تتفاوت فيما هو المقصد منها من الغلة والصلاحية للرطوبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والاجناس المختلفة ك (قوله فيفرض الخ فان كان الاول قسم كافي الغنم والثياب الهروية وان مال الى الثاني لا يقسم كما في (قوله كما هو الحكم فيهما اي في الركالة والتسمية في الدور في الخرب اي لو وكل رجلا بشراء دار لاصح التوكيل كل الووكله بشراء ثوب وكذا لو تزوج امرأة على دار لايصح التسمية كما لو تزوج على ثوب ك (قوله والمنزل المتلازمة الخ اي المنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة بعضها في بعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة يقسم في منزل على حدة كان في محال او في حلة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فانها تتفاوت في معنى السكنى وامكن دون التفاوت في الدور فالتحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالدور اذا كانت متباينة وقال في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجه

في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهما يتعلق وبالعين والمالية جميعا فافترقا فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللؤلؤ والياواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار كالتفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر انحس من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤ او ياقوتة او خالغ عليها لانصح التسمية وبصح ذلك على عبد فارلى ان لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رعى الا بتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لانه تشتدل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منفعابه انتفاع مقصود فلا يقسم القاضي بخلاف التراضى لما بيننا قال (واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة في قول ابي حنيفة وقال ان كان الاصل لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفرض التراجع الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحل والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاعشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لانصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضرر اقسمت الدار قسمة واحدة قال رض تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدار بن اذا كانت في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احديهما في الاخرى والبيوت في حلة او محل تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شجها من كل واحد قال (وان كانت دار وضيقة ودار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رض جعل الدار والحائوت جنسين وكذا ذكر الحصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا يجوز وهذا يدل على انها جنس واحد فيجعل في المسئلة وايقان وتبنتى حرة

متفرقة يقسم في منزل على حدة كان في محال او في حلة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فانها تتفاوت في معنى السكنى وامكن دون التفاوت في الدور فالتحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالدور اذا كانت متباينة وقال في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجه ففى القسمة على ذليل ك

(قوله على شبهة المجانسة توضيحه انه لو كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفتين رواية واحدة فتعمل حرفة الربوا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار ومنافع الحانوت باعتبار اتحاد منفعتها وهو اصل السكنى وذكر في الكافي ان هذا مشكل فانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اعتد كان النساء حراما عندنا وفي ذلك شبهة الربوا فما اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر في باب الربوا

﴿ ٣٢٥ ﴾

الربوا هناك على شبهة المجانسة (فصل) في كيفية القسمة قال (وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه) ليتمكن حفظه ويعمله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويندرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الآخرة (ويغرز كل نصيب عن الباقي بطريفة وشربة) حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتقطع المنازعة وينتفى عن القسمة على التمام (ثم يقلب نصيباها الاول والنسب يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه او لافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصبا حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويغرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل اوله يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى القرعة لتطبيب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالتزام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلمها لا تسلم له (واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمغالبة البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق النسوية بان كان لانفى العرصه بقيمة البناء فعينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولا حد لهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط)

هي الشبهة دون المنازل عنها ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد من شبهة المجانسة الشبهة الثابتة بالمجانسة كذا قيل تدبر مل (قوله فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم احتاج الى بيان كيفية القسم فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف ن (قوله وينبغي للقاسم الخ اي اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغده ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليتمكن حفظه اذا اراد رفع ذلك الكاغد الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ع (قوله لحاجته اليه اذا البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شئ منه فيكون عالما بقيمتها ع (قوله ثم يخرج الخ بان يكتب القاضي اسما الشركاء في بطاقات ثم يطوى كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها

بين كفيه حتى يصير مسنديره فيكون شبه البندقة ك (قوله جاز فان القاسم لو قال انما عدلت في القسمة فغدا انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتم في ذلك ع (قوله ولا يدخل في الخ يعني اذا كان القسمة بين الاشخاص في عقار فاصاب احدهما اكثر فيعطى بازاء الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز الا بالتراض عني

(قوله بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسبيل الماء ولم يذكر الحقوقي فانه لا يفسد ع (قوله وانه يجامع اى البيع يجامع تعذر الانتفاع في الحال كن اشترى حشا صغيرا ارضا سبعة فانه يجوز وان كان لا ينتفع به المشتري فاما القسمة فالمقصود منها ايصال كل واحد منها الى الانتفاع بنصيبه واذا لم يكن له ففتح الى الطريق ولا مسيل ماء فانه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز ك (قوله

﴿ ٣٢٦ ﴾

كذلك الجواب اى ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوقي ثم المراد من ذكر الحقوقي ان يقول هنالك بحقوقه واما اذا قال هنالك بطريقه وشربه وسيل مائه فانه يثبت هذه الحقوق ك (قوله فيصار اليه الا اذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فح لا يصرف عنه لانه اثبت له بابلغ وجوه الاثبات زيلعى (قوله لان القسمة الخ يعنى ان معنى الافراز لما كان مراعى في القسمة كان ينبغي ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه وان ذكر الحقوقي في القسمة لانه لا يحصل الانقطاع والافراز من كل وجه لكن في القسمة وان كان معنى الافراز ففيهما معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق ك (قوله فيدخل الخ تقريره ان في القسمة تكميلا وافرزا والحقوقي بالنظر الى التكميل تدخل وبالنظر الى الافراز لا تدخل

في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وان لم يكن فسخت القسمة) لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتسأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوقي في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتماز ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوقي حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبارها وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فاعتبارها لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم اكل واحد طريق بفنائه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق برفع لجماعهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقدار جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تنفذ فيه والطريق على سهاهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اذلا ناجزا وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال (واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حده وقسم بالقسمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضى الله عنه هذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلون اختلفا بمأما و سردا با او اطبلا او غير ذلك فلا ينعقد التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المنروع لافى القيدة فيصار

وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فلما يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين (اليه) بقدر الامكان ع (قو) واذا كان الخ صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وببيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين وتراضيا على القسمة وطلبها من القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك امثلا يقال تقسيم العلومع السفل قسمة واحدة ان كانت البيوت متفرقة لا يصح ع

(قوله) وقيل اجاب كل منهم الخ اى اجاب ابو حنيفة ربح بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى ع (قوله) لان اكل واحد منها ان يفعل الخ حتى كان لصاحب العلوان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل

﴿ ٣٢٧ ﴾

اليه ما امكن والمرعى التسوية في السكنى لافي المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفلى يتراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع يتراع قيل اجاب كل واحد منهما على عادة اهل عصره اواهل بلد في تفضيل السفلى على العلو واستقواءهما وتفضيل السفلى مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلف معنى ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعة لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا ييوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفلى فثلاثة وثلاثون وثلاث من السفلى سنة وستون وثلاثان من العلو ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان السفلى والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون منها علو وقال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال هذا السنن ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولاً وبه قال الشافعى وذكر الحنفى قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سوا محمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل

السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو زيلعى (قوله) ثلثة وثلثون الخ لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلثة ازرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوى ثلاثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد عن (قوله) لان علوه مثل نصف سفله لان كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفلى وهذا معنى قوله لان علوه مثل نصف سفله فاذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلث ذراع يكون مائة لا محالة فيستوى الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفلى المجرد عن (قوله) فبلغت اى الاذرع التى

تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد فبلغ المائة لانه اخذ من البيت الكامل ستة وستون ذراعاً وثلثاً ذراعاً بمقابلة مثلها من السفلى المجرد ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلثون وثلاث ذراعاً لان لهذا العدد البيت الكامل اعنى ستة وستين وثلث ذراعاً علواً وهو يقدر بنصف هذا وهو ثلاثة وثلثون وثلاث فكان المجموع مائة وكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفلى المجرد ن

(قوله اولانه لا يصلح مشهودا به اي فعلهما النى هو التمييز لا يصلح مشهودا به لكونه غير لازم للرجوع قبل القبض عن (قوله لمانه غير لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح ان كانت النفس بتراضيهما اما اذا كان القاضى او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان يأتى بذلك بعد خروج بعض السهام ع (قوله استخلف الشركاء لانهم لو اقرروا لزمهم فاذا انكروا استخلفوا الرجاء التكميل فمن حلف لاسبيل عليه

﴿ ٣٢٨ ﴾

ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى ولا تعالى لوجود التناقض في دعواه ع (قوله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعنى وان اقام البينة لتناقضه لانه اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفاء وهو عبارة عن قبض الحق بكمال فكان الدعوى بعد ذلك تنافض ع (قوله واليه اشار من بعد وهو قوله وان قال اصابنى الى موضع كذا فلم يسلم الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تعالفا ففي هذا اشارة الى انه لا تقبل دعواه فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التعالفي عند الاشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى الان التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تعالفي عند عدم صحة الدعوى الا ترى انه يجرى التعالفي

كم من علق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لاعلى فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا لمانه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فنقبل الشهادة عليه وقال الطحاوى اذا قسمنا باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايقافا عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجبران بهنء الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايقافهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانفتحت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لاتقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضى امينه بنقل المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الرام الاخر اذا كان منكرا

﴿ باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ﴾

قال (واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الابينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الابحجة فان لم تقم له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصافهما لان النكول محبة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما اقال ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع بيمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكرا (وان قال اصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكنت به شريك تعالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التعالفي فيما تقسم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في المبيع قلنا في القسمة لوجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فامس)

عند صحة الدعوى لوجود موجب التعالفي وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فكان (لان تصرفه) هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع ك (قوله ولو اختلفا الخ ضرورته اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة والاخر خمس واربعون شاة ثم ادعى صاحب الاربعون غلطا في التقويم لم تقبل بيمينه في ذلك عيسى

(قوله ولو اقتسما دار الخ هذه المسئلة عين مسئلة اول الباب الا انها اعيدت لبناء مسائل اخرى عليها كـ
(قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ع (قوله
وكذا اذا اختلفا في الحدود الخ قيل صورته دار اقتسما رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرفه
بيت في يد صاحبه واصاب الاخر جانب في طرفه بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت
الندي في يد صاحبه داخل

﴿ ٣٢٩ ﴾

لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وصاب كل واحد طائفة فادعى
احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعله اقامة البينة)
لما قلنا (وان اقاما البينة بؤ غن بينة المدعى) لانه خارج وبينة الخارج تترجع
على بينة ذي اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تعالفا وترا دوا وكذا
اذا اختلفا في الحدود و اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد
صاحبه) لما بيناه (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما
تعالفا) كما في البيع فصل قال (واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم
تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف

تفسخ القسمة) قال ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر
في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب
احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق
بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد
وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي
يوسف ان استحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون
رضاه باطله كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق
جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في
نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين لهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه
في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث النصف
المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على ان لاحدهما مالهما
من المقدم وربع المؤخر يجوز فكنا في الانتهاء وصار كاستحقاق شي معين
بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بفرق
نصيبه في النصيبين اما ههنا لا تضرر بالمستحق فافترقا بصورة المسئلة اذا
اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر بقيت لهما
سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء انقص القسمة دفعا
لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع مافي يده من المؤخر لانه

في حده و اقاما البينة يقضى
لكل واحد بالجزء الذي في
يد صاحبه ع (قوله وكذا
اذا اختلفا في الحدود الخ
بان قال احدهما هذا الحد
قد دخل في نصيبه وقال
الاخر هذا الحد قد دخل
في نصيبه كافي (قوله لما
بيناه وهو قوله لانه خارج
وبينة الخارج تترجع على
بينة ذي اليد ع (قوله
ذكر الاختلاف في استحقاق
بعض بعينه فيه نظر فان
قول القنوري واذا استحق
بعض نصيب احدهما
بعينه ليس ينص في ذلك
لجواز ان يكون قوله بعينه
متعلقا بنصيب احدهما لا
ببعض ع (قوله وهكذا
في الاسرار اي ذكر
الاختلاف في الاسرار في
استحقاق بعض بعينه كذا
ههنا وهذا وقع سهوا لان
وضع المسئلة في الاسرار
في استحقاق بعض شائع
والمذكور فيه دار بين
رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب احدهما شائع عالم يبطل القسمة عند ابي حنيفة
ولكن يغير المستحق عليه ان شاء رد الباقي واقتسم ثانيا وان شاور جمع على الشريك بقدر ما استحق
ولم ينقص كـ (قوله ينعدم معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فظاهر وكذا في نصيب
الاخر لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى
الافراز فيما وراء ذلك البعض كـ

(قوله رجع بنصف الخ فيصير في يترك من الشريكين اربع مائة وخمسون درهما والمجموع تسعة مائة ومائة وثلاثة ارباع الف ومائتين ع (قوله لماذا ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يترك الى قوله اعتبار الجزء بالكل ع (قوله والمقبوض الخ جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه يتناول على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد

﴿ ٣٣٥ ﴾

والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفس البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف صاحبه ع (قوله لانه يمنع الخ حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذورحم محرم لو ارث لم يعتق عليه ع (قوله لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقض حقها فان القسمة تنقض ان لم يرز الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى المالكة الا برضاها ع (قوله صح دعواه ولقائل ان يقول ان لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض فتكون باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعى في نقض ماتم من جهة والجواب انه اذا ثبت الدين

لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف يرد بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه لم استحق النصف الباقي شاعرا رجع بربع ما في يده الاخر عندهما لماذا ذكرنا وسط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قسمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفس البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (واو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للموارث وكذا اذا كان غير محيط يتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين ورا ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم (ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداء الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة) لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين ديننا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادق الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون القسوم مشتملا فصلا في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للراحة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة الا ان القسمة قوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والنهاية يجمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهايأة يقسم القاضى لانه اباغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل النهايؤ يموت احدهما ولا يموتها لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف (ولو تهايأ في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا اسفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والنهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت (واكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد او لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه (ولو تهايأ

بالبينة لم يكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك ع (قوله اذ يتعذر الاجتماع الخ اي يتعذر الاجتماع على عين واحد في الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين فجزت المهايأة بجزى القسمة زيلعي (قوله ولهذا يجري الخ اي اذا طلبها بعض الشركاء والى غيره ولم يطلب القسمة يجبر القاضى كما يجبر ان ابي في القسمة عند اتحاد الجنس عيني

(قوله في محل احتملها كالدار مثلا بان يطأها احدهما انه يسكن في مقعها وصاحبه في مؤخرها والاخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر ع) (قوله اعدل لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد كافي) (قوله وان اختاره من حيث الزمان الخ انما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق لان التسوية في المكان تمكن في الحال بان يسكن هذا بعضا والاخر بعضها اما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا ان يمضي مدة احدهما ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة ﴿ ٣٣١ ﴾ فيقرر نفيا للثمة وتطبيبا للقول ك) (قوله وقيل

عند ابي حنيفة الخ اى قيل نظرا الى اصل الامام من غير رواية عنه مل) (قوله للسامحة الخ لان العادة جرت بالمسامحة في اطعام الممالك فلا يقضى الجهالة الى المنازعة ونظيره استيجار الظئر بطعامها وكسوتها لان الجهالة لا تنفض الى المنازعة لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة المملوك لانه لا يسمع فيها عادة زيلعى) (قوله اما عندهما فظاهر وكذا عند لان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضى ويعتبر افرزا كالايمان المتقاربة بخلاف القسمة لانه يكثر التفاوت في اعيانها فالنقطة بالاجناس المختلفة فصارت مبادلة كافي) (قوله انه لا يجوز التهاوى فيهما اصلا اى لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضى اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبار بالقسمة وبالتراضى لانه بيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما مر في الاجارات وجواب ظاهر

في عيب واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا عند ابي البيث الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهاوى من حيث الزمان والمكان في محل احتملها يأمرهما القاضى بان يتفقا) لان التهاوى في المكان اعدل وفي الزمان اكمل لما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق (فان اختاره من حيث الزمان يقرر في البداية نفيا للثمة ولو تهايا في العبد ين على ان يخدم هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضى وبالتراضى فكذا المهايأة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضى وهكذا روى عنه لانه لا يجرى فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضى عنده ايضا لان المنافع من حيث الحصة فلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تهايا فيهما على ان نفقه كل عبد على من يأخذه جاز) استحسننا للمسامحة في اطعام الممالك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسمع فيها (ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضى عليه) اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهاوى فيهما اصلاً بالجبر لما قلنا وبالتراضى لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضى ويعتبر افرزا اما يكثر التفاوت في اعيانها فاعتبر بمبادلة (وفي الدائنتين لا يجوز التهاوى على الركوب عند ابي حنيفة وعنهما

يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابين فانهم بين حادق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهاوى في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز وجه الفرق ان النصبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال الرواية عن هذا ما ذكر ان الحرمة عند وجود احد وصفى علة الربوا ثالثة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع والمهايأة افرز من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس ك) (قوله وجه الفرق اى بين جواز التهاوى في الاستغلال في دار واحدة وعنده في العبد الواحد والدابة الواحدة ع والاخرق بالخاء المعجمة والراء المهملة الاحق ش

(قوله فتقوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون
كان في الاول لان القوة الجسمانية تنكسل ع (قوله فلا تضرة الخ لان بالتفاوت في الغلة لا يتبين فوات
المعادلة في المنافع فان الشئيين قد يستويان ثم يخالفان في البذل عند العقد زيلعي (قوله في ظاهر
الرواية احتراز عماروي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العمل
وهي عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت ع (قوله لا تعاد زمان ﴿ ٣٣٢ ﴾ الخ فان كل واحد منهما يصل
الى الغلة في الوقت الذي

يصل اليه صاحبه كافي (قوله
فاعتبر قرضا لانه اقرب
نصيبه من غلة هذا الشهر
على ان يستوفي من نصيبه
في الشهر الثاني ويجعل
كل واحد منهما وكيفا عن
صاحبه في اجارة نصيب صاحبه
فاذا استوفي قدر القرض
كان الباقي مشتركا كافي
(قوله اكثر منه فيحصل
العبد في شهر واحد من الغلة
مالا يحصل الاخر في ستة فاولى
ان يمتنع وتقريره ان
التماؤ في استغلال العبد
الواحد لا يجوز بالاتفاق
ففي استغلال العبدين اولى
ان لا يجوز عيني (قوله
فاولى ان يمتنع الجواز وعرض
بان معنى الافراز
والتمييز راجع في غلة
العبدين لان كل واحد منهما
يصل الى الغلة في الوقت
الذي يصل اليه صاحبه

فيجوز كما في الخدمة واجيب
بان التفاوت يمتنع عن
رجحان معنى الافراز بخلاف
الخدمة لما بينا من وجه
الاصح ان المنافع من حيث

الخدمة قلما تتفاوت عنايه (قوله او ينتفع الخ فاذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة بعضه
من نصيب صاحبه في هذه المدة وبعضه مما اقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي ان يزن اللبن
ويكيله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون الربوا لان اللبن يزيد وينقص في المدة
عيني (قوله مفاعلة من الزرع وهي تقتض فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يرجع من
اجد الجانبين وانما سمي به بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب ك

كتاب المزارعة

قال (ابو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة) اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة
من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسد عند
ابي حنيفة وقالاهي جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل غدير على نصيب
ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباره بالمضاربة

(قوله او ينتفع الخ فاذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة بعضه
من نصيب صاحبه في هذه المدة وبعضه مما اقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي ان يزن اللبن
ويكيله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون الربوا لان اللبن يزيد وينقص في المدة
عيني (قوله مفاعلة من الزرع وهي تقتض فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يرجع من
اجد الجانبين وانما سمي به بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب ك

قوله فان المال الخ اي فان الانسان قد يكون له ارض المزارعة ولا يهتدى اليها وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الى انعقاده لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كافي المضاربة فان ذا المال لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجهد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما ك (قوله بنصف الزوائد بنصف الاولاد والابريسي فان تلك الزوائد تتولد من العين ولا اثر لعمل الرعي والعافض فيها وانما يحصل الزيادة

﴿ ٣٣٣ ﴾

بالعلف والسقي والحيوان الشركة كافي (قوله لانه لا اثر الخ لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم ينتجق فيه شركة ع (قوله وهي المزارعة من الخبير وهي الاكارم معالجة الخيار وهي الارض الرخوة وقيل مسن الخبرة وهي النصب ك (قوله ولانه استيجار الخ والدليل على انه استيجار هو انه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استيجارا ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطعان وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطعان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كفا من حنطة بقفيز من دقيقها ك (قوله ولان الاجر مجهول اي على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث والرابع يبلغ مقدار عشرة اقفة او اقل منه او اكثر

والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجهد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والسمج ودود الغز معاملة بنصف الزائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم ينتجق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطعان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل غدير كان غراج مقاسمة بطريق السن والصلح وهو جائز (واذا قدمت عنده فان هي ارض ورثها ولم يخرج سي عنه اجر مثله) لانه في معنى اجارة وهذا اذا كان البئر من قبل صاحب الارض وان كان البئر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البئر لانه نماء ملكه والآخر الاجر كافصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للمزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقد ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البئر قطعا للمزارعة واعلاما للمعقود وعليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بئر من قبله لانه يستحق عوضا بالشروط فلا بد ان يكون معلوما ولا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد والسادس ان يغلى رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لغوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينقذ شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البئر ليصير الاجر معلوما قال (وهي عند هما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبئر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر غياطا ليخبط بآبرة الخياط (وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبئر لواحد جازت) لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة

او معدوم على تقدير عدم الخارج بالافة ع (قوله ومعاملة النبي الخ ولم ينكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فسادها فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظير وهنسا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة (قوله كافصلنا وهو قوله هذا اذا كان البئر من قبل صاحب الارض وان كان البئر من قبله فعليه اجر مثل الارض ك

(قوله وصار كجانب العامل فانه لما جاز ان يكون البئر مع البقر مشروطا على العامل جاز ان يكون البقر مشروطا عليه بدون البئر كما في قوله لان منفعة الخ تقريره ان منفعة الارض قوة تؤثر لا بالاختيار ومنفعة البقر قوة تؤثر بالاختيار فلم تتجانسا وهذا القدر لا يمنع جعل احدهما تابعة للآخرى فان المبرور والعرض جنسان مع انه يجعل العرض تابعا للجوهر في البيع فزاد قوله كل ذلك بخلفى الله تعالى اى كل منهما مستقل ولا يضاف احدهما الى الاخرى فلا يصلح للتبعية فلا يجعل تابعا بخلاف منفعة البقر والعامل لانهما جنس واحد عامل بالاختيار مع ان فعل البقر يضاف الى العامل فيصلح للتبعية فجعل تابعا لمنفعة العامل وظهر بما ذكرنا ان معنى قوله كل ذلك بخلفى الله تعالى ليس ببيان ان العوائد يخلق الله تعالى لبيان دفع توهم كون المصنف من المعتزلة وليس له دخل في الدليل كما هو في الكفاية والعناية بل لهذا القول دخل في الدليل اعظمى (قوله فتعذر الاستيعار ببعض الخارج ولم يردبه الشرع عن قوله لانه يتم شركة الخ فان صاحب البئر مستأجر للارض والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط فانعشت التخلية ههنا لان الارض تكون في يد العامل عيني (قوله ولم يردبه الشرع اى لم يرد بهجوازه دليل الشرع من نص او اجماع او قياس فيبقى على اصل العروة اعظمى قوله عند الانفراد اى انفراد البئر والبقر بان كان من احدهما البئر لا غير او البئر لا غير (قوله وصار كما اذا شرط رفع الخراج الغاى اذا كان الخراج خراج وظيفة بان تكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزاننا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث والربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط عنايه الماديانات بمعنى الانهار الصغير التى اكبر من الجدول والسواقي جمع ساقية مراوقة لها شريف

﴿ ٣٣٣ ﴾

وان كانت الارض والبئر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استأجره للعمل بالمال المستأجر فصار كما اذا استأجر غياطا ليخيط ثوبه با برته او طيانا ليطبخ بمره (وان كانت الارض والبئر والبقر لواحد البئر والعمل لاخره فباطلة) وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البئر والبقر عليه يجوز فكنا اذا شرط واحد وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلفى الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البئر لاحدهما والارض والبقر والعمل لاخره لانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البئر والعمل ولم يردبه الشرع والثاني ان يجمع بين البئر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذلك عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البئر في رواية اعتبار اسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصر مستقرضا للبئر قابضه باتصاله بارضه قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وان يكون الخارج شافعا بينهما) تعقيفا لمعنى الشركة (فان شرط لاحدهما قفزاننا مسماة فهي باطلة) لانه تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكنا اذا شرط ان يرفع صاحب البئر بئره ويكسب الباقي بينهما نصفين لانه يؤدى الى قطع الشركة في بعض معين ادى جميعه بان لم يخرج الا قدر البئر وصار كما اذا شرط رفع الخراج فالارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البئر عشرة الخراج لنفسه وللآخر الباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال (وكذلك ان شرط ما على الماديانات والسواقي) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعلة لا يخرج الا من ذلك الموضع

الى الاخرى فلا يصلح للتبعية فلا يجعل تابعا بخلاف منفعة البقر والعامل لانهما جنس واحد عامل بالاختيار مع ان فعل البقر يضاف الى العامل فيصلح للتبعية فجعل تابعا لمنفعة العامل وظهر بما ذكرنا ان معنى قوله كل ذلك بخلفى الله تعالى ليس ببيان ان العوائد يخلق الله تعالى لبيان دفع توهم كون المصنف من المعتزلة وليس له دخل في الدليل كما هو في الكفاية والعناية بل لهذا القول دخل في الدليل اعظمى (قوله فتعذر الاستيعار ببعض الخارج ولم يردبه الشرع عن قوله لانه يتم شركة الخ فان صاحب البئر مستأجر للارض والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط فانعشت التخلية ههنا لان الارض تكون في يد العامل عيني (قوله ولم يردبه الشرع اى لم يرد بهجوازه دليل الشرع من نص او اجماع او قياس فيبقى على اصل العروة اعظمى قوله عند الانفراد اى انفراد البئر والبقر بان كان من احدهما البئر لا غير او البئر لا غير (قوله وصار كما اذا شرط رفع الخراج الغاى اذا كان الخراج خراج وظيفة بان تكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزاننا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث والربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط عنايه الماديانات بمعنى الانهار الصغير التى اكبر من الجدول والسواقي جمع ساقية مراوقة لها شريف

على اصل العروة اعظمى قوله عند الانفراد اى انفراد البئر والبقر بان كان من احدهما البئر لا غير او البئر لا غير (قوله وصار كما اذا شرط رفع الخراج الغاى اذا كان الخراج خراج وظيفة بان تكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزاننا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث والربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط عنايه الماديانات بمعنى الانهار الصغير التى اكبر من الجدول والسواقي جمع ساقية مراوقة لها شريف

(قوله والفسد هو الشرط أى الفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذى لا يلايم العقد وهو أن يشترط التبن صاحب البئر وهما سكنا من ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسداً كـ (قوله وقال مشائخ بلغ الخ والجواب عما قال مشائخ بلغ أن الأصل فيها عدم الجواز لأنها تثبت مع المنافي فبقدر ما وجد المجوز يعمل به ومالم يوجد فلا كـ (قوله اعتبار للعرف عندهم أن الحب والتبن يكون

﴿ ٣٣٥ ﴾

بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب ع (قوله والتبع يقوم أى يثبت بشرط الأصل وقد وجد شرائط صحة الشركة فى الأصل وهو الحب لانهما اشترطا فيه الشركة فثبتت الشركة فى التبن ايضا تبعا للحب كالامام اذا دخل المصر ونوى الإقامة يصير الجندى مقيما وإن لم يكن فى موضع الإقامة وكذا المولى مع العبد كـ (قوله لانه حكم العقد الخ يعنى لو انهما سكنا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البئر لانه موجب العقد فاذا تصاعليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء ع (قوله فالخارج على الشرط فان العقد اذا كان صحيحا يجب المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى ع (قوله وان كانت الخ يعنى فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب عنه بقوله وان كانت أى المزارعة اجارة الخ ع (قوله بخلاف ما اذا فسدت الخ يعنى ان كانت فاسدة فلا فرق بين ان تخرج الارض وان لا تخرج الارض فى وجوب اجر المثل للعامل فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البئر

وعلى هذا اذا شرط لاحد هما ما يخرج من ناحية معينة ولاخر ما يخرج من ناحية اخرى (وكذا اذا شرط لاحد هما التبن والاخر الحب) لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينفذ الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحد هما بعينه) لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البئر) لانه نماء بئر وفى حقه لا يحتاج الى الشرط والفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشائخ بلغ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البئر صحت) لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البئر بالشرط (قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج ان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل فى النعمة ولا تفوت النعمة بعدم الخارج (قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البئر) لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البئر (قال ولو كان البئر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف) وقال محمد له اجر مثله بالغاً ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر فى الاجارات (وان كان البئر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذى ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبئر حتى فسدت

(قوله هو الصحيح وقيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة فاما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد اذا المنافع لا تنقسم الا بالعقد الاصح ان عقد المزارعة من جنس الاجارة لئلا يضر بمنافع البقر بجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد فيجب اجر المثل كما يجب اجر مثل الارض كافي (قوله لانه اى للبقر مدخلا في الاجارة يجوز ايراد عقد الاجارة ٣٣٦ عليه والمزارعة اجارة معنى فينعقد المزارعة عليه فاسدا او يجب اجر المثل ع (قوله لان الماء يحصل من البئر ويخرج من الارض اى فهو محتاج اليهما فساكن الخبث شديد افورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو القاء البذور وفتح الجدول ليس بذلك المثابة لجواز حصول الماء يدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطر السماء فكان ما تمكن بالعمل شبهة الخبث فلم يورث وجوب التصديق وهذا هو الفارق بين خبث تمكن في منفعة الارض فاجوب التصديق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك ع (قوله واذا مات الخ واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع اولم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله فلما نبت الزرع الخ ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في الطلاق اول

المسئلة ع (قوله انتقضت المزارعة بخلاف المسئلة الاولى حيث بقى بارضائه لانه كان مغرورا ومنهجه بالامتناع باعتباره ولم يوجد ذلك ههنا لان الموت باقى بدون اختياره زيلعى (قوله تباع الارض الخ الاكذلك لو زرع الارض ولم ينبت بعد لانه ليس لصاحب البئر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك زيلعى القدح بالعام المهمة الثقيل

المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مديلا في الاجارة وهى اجارة معنى (واذا استخرب رب الارض الخارج للبئر في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل في ارض مملوكة له (وان استحقه العامل اخذ قدر بئره وقدر اجر الارض ونصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البئر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فماسلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدى به (قل (واذا عفت المزارعة فامتنع صاحب البئر من العمل لم يجبر عليه) لانه يمكنه المضى في العقد الا يضرب يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا لم يهضم داره (وان امتنع الذى ليس من قبيله البئر اجبره الحاكم على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرورة والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عنتر بفسخ به الاجارة فيفسخ المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبئر من قبله وتذكر رب المزارع الارض فلا شئ له في عمل الكبراب) قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال (واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقدر الوجود في الاجارات (فلو كان دفعها ثلاث سنين فاما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصل حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصل الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقى من السنتين) لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة المحقين بخلاف السنة الثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيه ما على القياس (ولو مات الارض قبل المزارعة بعد ما كسب الارض وحفر الانهار استقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) كما بينه (واذا فسخت المزارعة بدى فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز) كافي الاجارة (وليس للعامل ان يطالبه بما كسب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقسم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ (ولو نبت الزرع ولم يستحصل لم تنع الارض في الدين حتى يستحصل الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اعم من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبس الدين لانه لما امتنع

(بيع) المسئلة ع (قوله انتقضت المزارعة بخلاف المسئلة الاولى حيث بقى بارضائه لانه كان مغرورا ومنهجه بالامتناع باعتباره ولم يوجد ذلك ههنا لان الموت باقى بدون اختياره زيلعى (قوله تباع الارض الخ الاكذلك لو زرع الارض ولم ينبت بعد لانه ليس لصاحب البئر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك زيلعى القدح بالعام المهمة الثقيل

(قوله) اجر مثل نصيبه الخ حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق منفعة الارض وهو ليستوفى بها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك زيلعي (قوله) والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار وعليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب ع (قوله) معناه اي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما يريد

٣٣٧

ان النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع ك (قوله) تعديل النظر الخ فاننا لو امرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرره وان ابقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فابقيناه بالاجر وفيه تعديل النظر من الجانبين ع (قوله) وهذا عمل في المال المشترك فيكون العمل عليهما وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشراكة في الزرع ملا (قوله) وهذا بخلاف الخ فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل ع (قوله) حيث يكون الخ مسئلة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في الاحكام الثلاث وهي وجوب اجر الارض والاشتراك في النفقة والاشتراك في العمل حيث لم يجز اجر مثل نصيبه من الارض على العامل ك (قوله) فان انفق الخ احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة

بيع الارض ام يمكن هو ظالم والمحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد لان في ثبوت الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاج المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستند على العمل على العامل اما هو العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو منطوع) لانه لا ولاية عليه (ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلالم بكره ذلك) لان فيه اضرار بالمزارع (ولو اراد المزارع ان ياخذه بقل قليل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او نفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته) لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد ثبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع واني رب الارض فلمهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا اقلع الزرع ام يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتدريفة عليهما بالمحصول فان شرطه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لمحصل المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤننه عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وهن اي يوسن انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع

وهو منطوع لانه (جلد الثاني) (المداية مع الكفاية) ٢٢ انفق على ملك الغير بغير امر من يلى عليه ك (قوله) لانه لا ولاية الخ ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار هذا نظير ترميم الدار المشتركة زيلعي (قوله) لا يجبر عليه اي بعد مضي المدة لانتهاء العقد يبقى الزرع مشتركا بينهما فيخير رب الارض بين هذه الخيارات كما في الرفاع بفتح فاجر من كردن زرع ولندريه حدانمودن وانه از كاهبه داس

(قوله وهو اختيار مشايخ بلخ وهم يزيدون على هذه الرواية ويقولون يجوز شرط التفتيح والحمل الى منزله على العامل للتعامل زيلعي) (قوله فهو عليهما التميز ملك كل واحد منهما من ملك الآخر فكان التدبير في ملك واحد منهما اليه) (قوله والتلقيح تلقيح النخل ادخال شئ من فحولها في انائها كتلقيح الحيوانات مل) (قوله كالجداد وهو بالدال المهملة القطع من جد النخل حنسه اي قطع نسبه جدادا ن) (قوله وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لان بالقسمة يتميز ملك احدهما عن الآخر فيكون التدبير في ملك واحد منهما اليه كافي) (قوله لانه مال مشترك سماه مشترك بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد منهما اذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية) (قوله القصيل يقال لكل زرع بعد النبات قبل الادراك عن) (قوله كتاب المساقاة لا يخفى مناسبتها مع المزارعة وهي المشاركة في الخارج ثم مع كثرة الفائلين بجوارها وورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر قدمت المزارعة عليها الشدة الحاجة الى معرفة احكامها وكثرة فروعها ومساثلها كما افاده في النهاية ورد المختار) (قوله المساقاة الخ ثم معنى المساقاة لغة وعربا ما هو مذكور في الصحاح وغيره ان المساقاة ان تستعمل رجلا في نخيل او كروم او غيرهما ليقوم باصلاحهما على ان يكون له سهم معلوم من ثمره) (قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة الى قوله والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي ن) (قوله الاتبع للمعاملة بان يكون بين النخيل والكرم ارض بيضاء يستقى بماء النخيل وقد اخذ النخيل مع الارض معاملة جائز حتى لو كانت الارض تستقى بماء عليهما لا يجوز عيني

﴿ ٣٣٨ ﴾

وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الاثمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا الحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل بما كان بعد الادراك كالجذاد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقب ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد اقصا القصيل او جد الثمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما اتما العقد لما عزم على القصل والجذاد بسرا فصار كابتداع الادراك

﴿ كتاب المساقاة ﴾

قال (ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزء من الثمر مشاعا) والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالسكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتبع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه به لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربيع دون البئر بان شرط رفعه من رأس الخارج تفسد فعملنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة بمعنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويصح على اول ثمر يخرج لان الثمر لا ادراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويبدل فيها ما هو المتيقن وادراك البئر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتفاء بناء عليه فتدفع له الجاهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد غلث ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الابتيان المدة

بعدم القسمة كالحمل الى البيت والطحن فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لان بالقسمة يتميز ملك احدهما عن الآخر فيكون التدبير في ملك واحد منهما اليه كافي) (قوله لانه مال مشترك سماه مشترك بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد منهما اذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية) (قوله القصيل يقال لكل زرع بعد النبات قبل الادراك عن) (قوله كتاب المساقاة لا يخفى مناسبتها مع المزارعة وهي المشاركة في الخارج ثم مع كثرة الفائلين بجوارها وورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر قدمت المزارعة عليها الشدة الحاجة الى معرفة احكامها وكثرة فروعها ومساثلها كما افاده في النهاية ورد المختار) (قوله المساقاة الخ ثم معنى المساقاة لغة وعربا ما هو مذكور في الصحاح وغيره ان المساقاة ان تستعمل رجلا في نخيل او كروم او غيرهما ليقوم باصلاحهما على ان يكون له سهم معلوم من ثمره) (قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة الى قوله والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي ن) (قوله الاتبع للمعاملة بان يكون بين النخيل والكرم ارض بيضاء يستقى بماء النخيل وقد اخذ النخيل مع الارض معاملة جائز حتى لو كانت الارض تستقى بماء عليهما لا يجوز عيني

لا يجوز عيني

(قوله على ان يقدم عليها اي حتى ينهت اصولها وينقطع نباتها اي ح لا يجوز اما اذا دفع النخيل واصل
الرطوبة على ان يقدم عليها معاملة مطلقا فجوز اذا كان للرطوبة جزاء معلوم ويقع المعاملة في النخيل على
اول ثمره يخرج وفي الرطوبة على اول جرة يجوز واما اذا لم يكن للرطوبة جزاء معلوم فلا يجوز سواء قيد بنهت
اصولها او اطلق اذ لم يترك شيئا وهو المراد من قوله او اطلق في الرطوبة لان في كل منها جهالة المدة في الرطوبة
بخلاف النخيل فانه لو قيد بقوله

٣٣٩

دفعتها معاملة الى ان
ينتهت اصولها فلا يجوز
وان اطلق عن ذلك فهو
جائز ويقع المعاملة على
اول ثمر يخرج في تلك
السنة ك (قوله لا تهتموا
الخ دليل الرطوبة ولم
ينكر دليل النخيل
والرطوبة اذا شرط القيام
عليها حتى ينهت اصولها
لانه لانهاية لذلك فكان
غير معلوم ع (قوله فجعلت
المدة لان الرطوبة ما يزداد
طولا بطول المدة فمضى لم
يكن وقت الجزاء معلوما
كان مدة المعاملة مجهولة
بخلاف الثمر لان ادراكه
وقتنا معلوما اذا بلغ ذلك
لا يزداد بعد ذلك وان طال
الزمان اما الرطوبة بخلافها
ك (قوله يعملون الخ
روى عن ابن عمر رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم عامل اهل خيبر
بشطر ما يخرج من ثمر
او زرع رواه البخاري
ومسلم وجماعة اخرى وهذا
مطلق فلا يجوز تقييده ببعض
الاشجار دون بعض زبلعي

لانه بتفاوت بقوة الاراضى وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع
تخيلا اصول رطوبة على ان يقدم عليها او اطلق في الرطوبة تفسد المعاملة لانه
ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تترك في الارض فجعلت المدة (بشرط
تسمية الجزء مشاعا) لما بيننا في المزارعة اذ شرط جزاء معين بقطع الشركة (فان
يبقى المعاملة وقتنا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها ففسدت المعاملة) لغوات المقصود
وهو الشركة في الخارج (ولو سمي امانة قد يبلغ الثمر فيها وقد بنا حرعنا هاجرت)
لاننا لا نتيقن لغوات المقصود (ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة
لصحة العقد (وان تأخر فللعامل اجر المثل) لفساد العقد لانه تبين الخطاء
في المدة المسماة فصارت كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا
لان النهاب باقية فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد
منهما على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والسكرم والرباط
واصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجدي لا تجوز الا في السكرم والنخل
لان جوارها بالاثمر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للمعاجة وقد
عمت واكثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرباط ايضا
ولو كان كما زعم فلا صل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس
(لصاحب السكرم ان يخرج لعامل من غير عنبر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء
بالعقد (وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عنبر) بخلاف المزارعة بالاضافة
الى صاحب البئر على ما قدمناه قال (فان دفع تخلافه ثمر مساقاة والتمر يزيده
بالعمل جاز ان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل
جاز ولو استحصه وادرك ولم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل
بعد التناهي والادراك فلو جوزه لكان استحقاقا بغير عمل لم يرد به الشرع
بخلاف ما قبل ذلك لنحقق الحاجة الى العمل قال (واذا فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله) لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة
اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها في معنى الاجارة
وقد بيناه فيها (فان مات رب الارض والخارج بسرف للعامل ان يقدم

(قوله ولو كان الخ اي لو كان الامر كما زعم من كون عمل اهل خيبر مقتضرا على النخيل والسكرم فلا يقتضي
هذا اقتصار حكم الشرح على المورد لان الاصل في النصوص التعليل فيمنع الاصل المنكور اقتضار
الحكم على المورد وانما الاقتصار فيمالم يعلل اي يكون مخالفا للقياس لاسيما الاصل الذي عند الشافعي
فان هذا اصل عنده حجة موجبة اما عندنا فلا يجوز العمل بهذا الاصل الا بقدر قيام الدليل على ان هذا النص
مطل في الحال فلا يجوز العمل بهذا الاصل بدون قيام هذا الدليل عندنا لكنه يكفي في منع واقتصار الحكم على المورد

(قوله وان كره ذلك ورثة الخ اي ليس لورثته ان يمنعه من ذلك استجسانا لان في منعه الحاق الضرر
فيبقى العقد دفعا للضرر ولا ضرر على الورثة زيلعي) (قوله استجسانا واما في القياس فقد انقضت
المساقاة بينهما وكان البسريين ورثة صاحب الارض وبين العامل انصافا ان شرطا انصافا لان صاحب
الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنقضي بموت احد المتعاقدين ع (قوله فيرجعوا الخ وفي
رجوعهم في حصته اشكال وكان

﴿ ٣٤٥ ﴾

ينبغي ان يرجعوا عليه
بجميعه لان العامل انما
يستحق بالعمل وكان العمل
كله عليه فلورجعوا عليه
بحصته فقط يؤدي الى ان
العمل يجب عليهما حتى
يستحق المونة بحصته فقط
وهذا خلاف لانه يؤدي الى
استحقاق العامل بلا عمل
في بعض المساقاة وهذا
الاشكال وارد في المزارعة
ايضا زيلعي (قوله بين
الخيارات الثلث اي ان
شاؤا اجروا البسر فقسموه
على الشرط وان شاؤا
اعطوه نصف قيمة البسر
وصار البسر كله بينهم
وان شاؤا اتفقوا على
البسر حتى يبلغ ويرجعوا
بالنقطة في حصة العامل من
الثمر كافي المزارعة ك (قوله
وهذا خلافة الخ انما قاله
جوابا لسؤال مقدر بان يقال
خير الشرط لا يورث عندكم
لانه عوض لا يقبل النقل فكيف
يثبت هذا الخيار لهم فقال
هذه خلافة في حق مالي الخ
عن (قوله لا يجوز استيجاره
حتى لو اشترى مزارعا على

عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض
استجسانا فيبقى العقد دفعا للضرر ولا ضرر فيه على الآخر ولو انتم
العامل الضرر يتغير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين
ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان يتفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا
بذلك في حصة العامل من الثمر) لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره
في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان
فيه النظر من الجانبين (فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض
بين الخيارات الثلاثة التي بينها وان ما نأج جميعا الخيار ورثة العامل) لقيامه
مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت
الادراك لان يكون وراثته في الخيار (فان ابي ورثة العامل ان يقوموا
عليه كان الخيار في ذلك الى ورثة رب الارض) على ما وصفنا (قال واذا
انقضت مدة المعاملة والخارج بسرا خسر فهذا الاول سواء وللعامل
ان يقوم عليهما الى ان يدرك لكن بغير اجر) لان الشجر لا يجوز استيجاره
بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العدل كله
على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليها لانه لما وجب اجره على
الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العدل وهذا الاجر فجاز ان
يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها (قل وتفسخ بالعذر) لما بينا في
الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جعلتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعق والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض
ضررا لم يلزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في
الزامه استيجار الاجزاء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا لو
اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما
ان يشترط العمل بيده فيكون هذا من جهته (ومن دفع ارضا بيضا
الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب
الارض والغرس نصفين لم يجوز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصله قبل
الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس ارب الارض وللغرس قيمة غرسه واجر عمله

الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه اجره ك (قوله وكذلك العمل الخ اي اذا (فيا)
ظهر هذا الفرق بينه عليه فرق آخر وهو ان العمل هناك عليهما بحسب ملكهما في الزرع لان رب الارض لما
استوجب الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة ههنا العمل على العامل في
الكل لانه لا يستوجب رب النخل عليه اجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل ولقضاء المدة
فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة ك

(قوله) كتاب الذبائح ذكرها بعد المسافة لان في كل منهما اصلاح مالا ينفع به بالاكل في الحال
للاستغفار في المال كذا نقل في رد المحتار والذبائح هي جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح بالكسر
والذبيح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والنكاح الذبيح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها مل
(قوله) النكاح الخ يعني ان الذبيح شرط لكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الاماذكيتم بعد قوله
تعالى حرمت عليكم الميتة

﴿ ٣٤١ ﴾

فيما عمل (لانه في معنى قفيز الطعان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله وهو معنى البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض
فيجب قيمتها واجرم مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها
وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية الممنه وهذا اصحهما

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال (النكاح شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى الاماذكيتم ولان بما ينمز اللحم
النفس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول
وغيره فانها تنهى عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يمسها وهي
اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح
في اى موضع كان من البدن والثاني كالبدل من الاول لانه لا يصار اليه
الا عند العجز عن الاول وهذا الآية البديلية وهذا لان الاول اصل في اخراج
الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ النكاح
بحسب الوسع ومن شرط ان يكون الذبائح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا
كالمسلم او دعوى كالكفاي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما بينه
(وذبيحة المسلم والكفاي حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين
اتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقله التسمية والذبيحة ويضبط
وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية
فالذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا والافلق والمختون سواء لما ذكرنا
والطلاق الكفاي ينظم الكفاي النسي والعربي والعربي
والنغلي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوس)
لقوله عليه السلام سنوابهم سنة اهل الكتاب غيرنا كعي
نسابهم ولا آكل ذبايحهم ولانه لا يدعى التوحيد فان عدمت الملة
ودعوى اعتقادا قال (والمرتد) لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل
اليه بغلاي الكفاي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو
عليه عند الذبح لا ما قبله قال (الوثني) لانه لا يعتقد الملة قال (والمعمر) يعني
من الصيد (وكذا لا يؤكله ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في الحرم

والدم الخ استثنى من الحرم
المذكي فيكون حلالا
والمرتد على المشتق
معلول بصيغة المشتق منه
لكنه لما كان الحل ثابتا
بالشرع جعلت شرطه
(قوله) ذكاة الارض يبسها
اي طهارة الارض اي اذا
يبست من رطوبة النجاسة
طهرت وطابت كما
بالنكاح تطهر الذبيحة
وتطيب كذا في الصحاح
والعرب ك (قوله) كالبدل
عن الاول انما قال كالبدل
لان الابدال يعرض
بالنص ولم يرد فيه وقد
وجدت فيه اشارة البديلية
فقال كالبدل ع (قوله)
وهذا آية البديلية لكنه
لما اختلف على كل واحد
منهم لم يعجز بكونه بدلا
للاختيارية فجعلت شبهة
البديل اعطى (قوله)
كالكتابي ثم انما جعل ذبيحة
الكتابي فيما اذا لم يذكر
وقت الذبيح اسم هزيراد
اسم المسيح واما اذا ذكر
ذلك فلا يعمل كما لا يعمل
ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت
الذبيح غير اسم الله تعالى

لقوله تعالى وما اهل به لغير الله وحال الكفاي في ذلك لا يكون اعلى من حال المسلم ك (قوله) وطعام
التبين الخ والمراد به من كاهل لان مطلق الطعام غير الذي يعمل من اي كافر كان ولا يشترط فيه ان يكون
من اهل الكتاب زيلعي (قوله) والنغلي عطف العربي من عطف على الخاص على العام لان بني تغلب
عزم فلامون يسكنون بابل القرب الروم عيني

(قوله وان تركها ناسيا الخ والاغرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا ويقدم المسألة فقال
 كاناس بل اولى لانه الزم زيلعي (قوله المسلم يذبح على اسم الله الخ قلت غريب بهذا اللفظ
 وفي معناه احاديث منها ما اخرجہ الدارقطني ثم البيهقي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال المسلم بكفيه اسمه فان نسي ان يسمى حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل انتهي
 (قوله لما سقطت بعد النسيان ٣٤٢ ٤

فان التسمية لو كانت من
 شرائط الحل كانت مأمورا بها
 وفي المأمور لا فرق بين
 النسيان والعمد في العمل
 كقطع الحلقوم والادراج
 والتكبير والقراءة في
 الصلوة وانما يقع الفرق
 في المزجور كالاكل
 والشرب في الصوم لان
 موجب النهي الانتهاز
 والناس يكون منتهيا
 اعتقادا فاما موجب الامر
 الا تيمار والتارك ناسيا
 او عمدا لا يكون مؤثرا
 والجواب ان لان الملازمة
 فانها تقتضي التسوية
 بين العمد والنسيان
 والتسوية بين العمد
 والنسيان معودة فيما اذا
 كان على الناس هيئة
 مذكرة كالاكل في الصلوة
 والجماع في الاحرام وهما
 هيئة توجب النسيان وهي
 ما يحصل للتذابيح عند زهوق
 روح حيوان من تغيير
 الحال فليس هيئة مذكرة
 موجودة مل (قوله ولنا
 قوله تعالى الخ وجه
 الاستدلال ان السلف
 اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به (في
 الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالغالب وقوله ولنا
 عام مؤكدا بمن الاستغراقية التي تغيد التأكيد وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل
 للخصوص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فاما اذا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناس
 ذاكر العذر كان من جهته وهو النسيان ع

ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والحرم
 وهذا لان ايدكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف
 ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل
 مشروع اذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال
 (وان ترك الذابح التسمية عمدا فلن يبيحه ميتة لا تؤكل وان تركها
 ناسيا اكل) وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في
 الوجهين والمسلم والكنابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف
 اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا
 القول من الشافعي يخالف للاجماع فانه لا خلاف فبين كان قبله في حرمة
 متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
 فمن مذهب ابن عمر انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس انه
 يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والشافعي
 ان متروك التسمية عامدا لا يبع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي
 بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم
 يذبح على اسم الله تعالى متى اولم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
 للحل لما سقطت بعد النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا
 فالملة اقيمت مقامها كما في الناس ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا
 مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهى وهو للتعريم والاجماع وهو ما بيننا وبينه
 وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام قال في آخره فانك
 انما سميت على كلبك ولم تتم على كلب غيرك على العروة بترك التسمية
 وملكك يحتاج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك
 من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بالسمع غير محرم
 على ظاهره اذ لو اريد به لمجرد المعاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر
 الاول الاقامة في حق الناس وهو مذكور لا يدل عليها في حق العمد ولا عذرها
 رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو
 على المنبوح وفي الصيد تشترط عند ارسال الرمي وهي على الآلة لان المقدور

اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به (في
 الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالغالب وقوله ولنا
 عام مؤكدا بمن الاستغراقية التي تغيد التأكيد وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل
 للخصوص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فاما اذا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناس
 ذاكر العذر كان من جهته وهو النسيان ع

(قوله محمد رسول الله وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقال بعضهم اذا كان يعرف النعوز يلحق
(قوله لوجود القرآن صورة ومن هذا النوع ان يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبيح
واقعا عليه الا انه يكره لما ذكرنا زيلعي) قوله بكسر الدال وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه
اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمي آخر مع اسم الله تعالى ك (قوله لانه اهل به الخ اهل المعتمر اى
رفع صورته بالنبلية وما اهل به

﴿ ٣٤٣ ﴾

في الاول الذبيح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل بقدر
عليه حتى اذا اضعف شاة وسمى فدح غيرها بذلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى
صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضعف شاة وسمى ثم رمى بالشفرة
ودبح بالاخرى اكل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيد الا بؤكل قال (ويكره ان
يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبيح اللهم تقبل من فلان)
وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم
الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان
الشركة لم توجد فلم يكن الذبيح واقعا له الا انه يكره لوجود القرآن صورة
فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله فلان او بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة
ان يقول مفصلا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع
الذبيحة او بعده وهذا الالباس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد من شهدك بالوحدانية
دلى بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود
جرد والتسمية حتى لو قال عند الذبيح اللهم اغفر لي لا يحل
لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس
عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله
على نعمه دون التسمية وماتد القه اللسان عند الذبح وهو قوله بسم الله
والله اكبر منقول عن ابن عباس في قوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواب قال (والذبيح بين الحلق والملبة) وفي الجامع الصغير
الالباس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام
النكاح ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار
الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في النكاح
اربعة الحلقوم والمرئ والودجان) لقوله عليه السلام افر الادرع بما شئت وهي

لغير الله اى نودى عليه بغير
اسم الله ديوان (قوله لما روى
اخرجه الحاكم في المستدرک
عن ابى رافع ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان اذا
ضحي اشترى كبشين
املعين اقرنين فاذا خطب
وصلى ذبح احد الكبشين
بنفسه بالمدينة ثم يقول
اللهم هذا عن امتي جميعا
من شهدك بالتوحيد
وشهد لي بالبلاغ ثم اتى الاخر
فذبحه وقال اللهم هذا عن
محمد وآل محمد ثم يطعمهما
للمساكين ويأكل هو
واهل منهما (قوله دون
التسمية بخلاف الخطبة
حيث يجوز عنها لان المذكور
فيها ذكر الله تعالى
مطلقا لقوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله زيلعي (قوله
وهو قوله بسم الله والله اكبر
وذكر الحلواني المستحب
بلاواو وبالواو ويكره لانه
يقطع فور التسمية زيلعي
(قوله منقول عن ابن عباس
الخ ولقد حذر المصنف على
نفسه ففيه حديث مرفوع
اخرجه الاثمة الستة في كتبهم

في الضحايا عن قتاده عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يضحي بكبشين اقرنين يذبحهما
بيده ويسى ويكبر ويضع رجله على صفاجهما وفي لفظ المسلم والبخاري ويقول بسم الا والله اكبر
انتمى الا ان يكون اراد الاستدلال بالقرآن مفسرا بقول صحابي فيكون حسنات

(قوله اسم جمع فان قلت الوداج جمع وليس باسم جمع وبينهما فرق كما عرفت في موضعه قلت المراد بالاسم مفهومه القوي اى لفظ جمع ولا يريد به نحو القوم والرهط عيش (قوله واقله الثلث فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام بصير للجنس ويلغوفيه معنى الجمع كقوله تعالى لا يعجل لك النساء قلنا انما يصار الى الجنس اذا لم يكن ثمة معهود وههنا العروق التى يرد عليها الذبيح معهود معلومة فلا يصار الى الجنس ولا يلغز صيغة الجمع كـ (قوله

﴿ ٣٤٤ ﴾

فثبت قطع الخ وانما قال ان النص يتناول المرى من حيث اللفظ والملقوم بطريق الاقتضاء لان قطع مجرى النفس ابلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المرى بمجرى النفس واحتج الشافعى بانه جمع الوداج وما ثم الا الودجان فدل على ان المقصود بهما ما يحصل به انزهاق الروح وهو يقطع الملقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الوداج لا دلالة له على الملقوم والمرى اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهما انما يحصل بقطع مجراه مثل (قوله فانه مجرى العلف والماء الخ قيل هذا عكس بل الملقوم مجرى النفس والمرى مجرى العلف وهكذا ايضا في الايضاح وذكر في المغرب المرى مجرى الطعام والشرب وذكر في تاج الاسماء المرى راه كذا رآب ن (قوله بخلاف ما اذا قطع الخ يريد به

اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعى في الاكتفاء بالملقوم والمرى الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الملقوم فثبت قطع الملقوم باقتضائه وبظاهرها ذكرنا يحتاج مالكوه ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عندنا حنيقة) وقال الا بدم قطع الملقوم والمرى واحد الودجين قال ذكر القدورى الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الملقوم ونصف الوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الوداج والملقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالماض ان عندنا حنيقة اذا قطع الثلاث اى ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف ولا ثم رجع الى ما ذكرنا عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولو ورد الامر بفرديه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولا يوسى ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينبوب احداهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الملقوم يخالف المرى فانه مجرى العلف والماء والمرى مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولاي حنيقة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتروية في اخراج الروح لانه لا يجي بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تخورا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكاه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبيح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكلا بأس الا انه بكونه

الذبيح) وقال الشافعى المنبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم واقرى الوداج ما غلا الظفر والسن فانها مدي الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افسر الوداج بما شئت وما رواه محمد بن عيسى غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة لما كان الرجعان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويعمل ان يريد ان الاكثر من الثلث القائم مقام الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي اكثر ما شرط قطعه للحل وهو الثلث فان قيل المقطوع ايضا اكثر ما شرط قطعه للحل قلنا اعتبار الاكثر في المتروك اولى من اعتبار الاكثر في المنقطع ترجيحا للبحرمة ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باق فيعزم لان المرفص ترك الواحد لاخير كـ

(قوله) باللبطة الخ اللبطة قشر الغصب والبرودة المجرى الذي فيه حدة وفي الجوهرة البرودة واحدة وهي
 حجارة ابيض برفافة اقول قد صعبها بعض شراح الرقابة بكسر الهمزة ولم تجده في المعنبرات من اللغات
 وقد اوردتها صاحب الدستور في الميم المفتوحة كذا قال اخي زاده منع الغفار (قوله) لقد اردت ان تميمتها
 الخ قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان الحديد لن يبعه وليس كذلك لان المنذوح لا عقل له
 وهو مع كونه سوء ادب ساقط

٣٤٥

لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه
 لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس كذلك ع (قوله)
 لقد اردت الخ ذكر في المبسوط في هذا المسئلة انها تعرف
 ما يراد بها كما جاء في الخبر ابهت البهائم الا عن اربعة
 خالقها ورازقها وحفظها وفعاها فاذا كانت تعرف
 ذلك وهو يعد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام
 غير محتاج اليه ك (قوله) النخاع بالكسر والفتح والضم
 لغة فيه وفسره المصنف بأنه عرق ابيض في عظم الرقبة
 ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو غيب ابيض
 في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب وريان بين الحيوان
 مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرائين وارتار
 ياتمه شي يسمى بالخيط اصلا ع (قوله) ويكره ان يجر الخ
 وكذا لو ذبحها موجه للغير القبلة بكره ويؤكل لان
 السنة في الذبح ان يستقبل القبلة زيلعي (قوله) لان

فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالجمر والحديد بخلاف
 غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنة وانما يكره لان فيه
 استعمال جزء الادمى ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان
 (قال) ويجوز الذبح باللبطة والبرودة وكل شي انهر الدم الا السن القائم
 والظفر القائم فان المنذوح بهما ميتة لما بيننا ونص محمد في الجامع الصغير
 على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يجتاط في ذلك فيقول في الحل
 لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره اولم يؤكل قال (ويستحب ان يعد الذابح
 شفرته) لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شي فاذ اقتلتم
 فامسوا القبلة واذا ذبحتم فامسوا الذبعة وليعد احدكم شفرته وليدح
 ذبخته ويكره ان يضجعها ثم يعد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام انه
 رأى رجلا ضجع شاة وهو يعد شفرته فقال لقد اردت ان تميمتها موتات هلا
 حددتها قبل ان تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كرده
 ذلك وترك ذبخته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض
 في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنزع
 الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر من ذبحة
 وقيل ان يكره هنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان
 في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
 والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما
 يريد ذبحه برجله الى المنذبح وان تنزع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن
 من الاضطراب وبعده لاللم فلا يكره النخاع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى
 زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا اقال
 يؤكل ذبخته قال (وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق
 حل) لتحق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة
 فصار كما اذا جرحها ثم قطع الادراج وان ماتت قبل قطع العروق لم
 تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد
 فذكاته الذبح وما ترشح من النعم فذكاه العقر والجرح) لان ذكاة الاضطراب
 انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على مامر والعجز متحقق في الوج
 لثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار

الكراهة اي كراهة هذا الفصل اي حرمة لمعنى زائد اي عارض فلا يوجب هذا التحريم
 المنذوح ولو قال الا ان النهى لمعنى في غيره لكان الظاهر اعظم (قوله) على مامر اشارة الى ما ذكر في اول
 النباح وهو قوله والثاني كالهدل من الاول غاية البيان

(قوله لما بيننا من ان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز كـ) قوله لانهما يدفعان عن انفسهما
 البقر يدفع بقرنه والبعير بشفره ونابه ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما عيني (قوله
 لموافقة السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله بامركم ان تذبحوا بقرة وفديناه بدينع عظيم وفصل لربك وانحر
 في التفسير اى وانحر الجزور زيلعى (قوله لاجتماع الخ اى لان موضع النحر من البقر ماله لحم عليه وما سوى
 ذلك من حلقه عليه لحم غليظ وهو رقهما

٣٤٦

لما بيننا وقال مالك لايجل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن
 نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البذل كيف وانما اناسلم
 النذرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد
 ان الشاة اذا نذت في الصعراء فكانها العقر وان نذت في المصر لا تحل
 بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره
 سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذها
 وان نذت في المصر فيتحقق العجز والصيال كالنذر اذا كان لا يقدر على اخذ
 حتى لو قتله المصول عليه وهو ير يد الذكاة مل اكله قال (والمستحق في الابل
 النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز
 ويكره) اما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة والاجتماع العروق فيها
 في النحر وفيهما في الذبح والكره لمخالفة السنة وهى لمعى في غيره فلا يمنع
 الجواز والمحل خلافا لما يقره مالك به انه لايجل قال (ومن نحر ناقة او ذبح بقرة
 فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر) وهذا عند ابي حنيفة وهو
 قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول
 الشافعى لقوله عليه السلام ذكاة المجتئين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة
 لانه متصل بها حتى يفصل بالمفراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها
 وكذا حكمها حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعنائها واذا كان جزءا
 منهما فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل
 في الحيوة حتى تنصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة لهذا يفرد
 بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى
 وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذا
 هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعافى حقه بخلاف الجرح في الصيد
 لانه سبب لخروجه ناقصا في مقام الكال فيه عند الذبح وانما يدخل في البيه
 تجر بالحوار كى لا يفسد باستثنائه ويعتق باعنائها كى لا ينفصل من الحرة ولذا يرقى
 فصمـ بل فيما يحله اكله ولايجل قال (ولايجوز اكل ذى ناب من السباع
 ولا ذى مخلب من الطيور) لان النبی عليه السلام نهى عن اكل كل
 ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع
 ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور

مجتمع في المنحر فكان في الابل
 اسهل فاما في البقر والغنم
 فالذبح ايسر لاجتماع
 العروق في الذبح كافي (قوله
 وقال ابو يوسف ومحمد الخ
 وفي الميسوط قال ابو يوسف
 محمد والشافعى يؤكل الا انه
 روى عن محمد انما يؤكل اذا
 اشعر وتمت خلقته نـ (قوله
 ذكاة المجتئين الخ اى
 ذكاة الام نائمة عن ذكاة المجتئين
 كما يقال لسان الوزير لسان
 الامير وبيع الرص ببيع
 اليتيم كـ) قوله ذكاة امه
 والجواب عن هذا الحديث
 انه لا يصح الاستدلال به فانه
 روى ذكاة امه بالنصب
 والرفع فان كان منصوبا فلا
 اشكال فانه للتشبيه وان كان
 مرفوعا فكذلك لانه اقرب
 من التشبيه من الاول عرف
 ذلك في علم البيان وقيل ما
 يدل على ذلك تقديم ذكاة
 المجتئين كما في قوله وعيناك
 عيناها وجيـك جيـها
 سوى ان عظم الساق منك
 دقيق عـ (قوله كما
 في الصيد فانه اذا لم يوجد
 القدرة على ذكاة الاختيار
 اكفى بذكاة الاضطرار

وهى الجرح في اى موضع كان عيني (قوله فصل الخ لما ذكر احكام الذبائح وما يتعلق بها (والبهاش
 ذكر في هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول اذا القصد الاصلى من شرعية الذبح هو التوصل الى الاكل
 وهم الذبائح لانه ذكر في المبسوط ان شرط حمل النناول فيما يحل من الحيوانات الذكاة لقوله تعالى الاما ذكيت
 فالشرط يقدم على المشروط ان نعمت بمعنى هربت

(قوله لاكل ماله مخلب الخ فالمحاربة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بأن يصيد بهما فناب الناب من السباع والاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والاهلى وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين والموثر في الحرمة الايناء فهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او الحث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون

﴿ ٣٤٧ ﴾

بعارض كما في الجلالة

(قوله والسبع كل مختطف

الخ وانما هذه الاوصاف

ليبينى عليها قوله كيلا يعد

وشى من هذه الاوصاف

الذميمة اليهم ولما كان اسم

السبع شاملا على القبيلتين

فسر السبع بالوصفين أى

الاختطاف والانتهاز من

(قوله كل مختطف الخ الفرق

بين الاختطاف والانتهاز

ان الاختطاف من فعل الطيور

والانتهاز من فعل سباع

البهائم قال في المبسوط

فالمراد بنى الخططة ما يختطف

بمخلبه من الهوام كالبازي

والعقاب ومن ذى النعمة

ما ينهب بنابه من الارض

كالاسد والذئب ع (قوله

كيلا يعدوشى الخ لما ان

للغذاء من الاثر في ذلك

قال عليه الصلوة والسلام

لا يرضع لكم المقام فان

اللبن يغنى (قوله

ويدخل فيه الضبع والثعلب

لان لهما نابا يتأكلان بنابه

ولا يؤكل لهما كما نذهب (قوله

ففيكون الحديث حجة

الخ وما روى انه عليه السلام

ايها اكلها محمول على الابداء زيلعى (قوله اكل الرخم والبعاء الرخم

النسر في الخلقة يقال له الابسوق والبغاث ما لا يصيد من مخار الطير وضعافه كالصغار

وتحسوها الواحدة بغائسة وفي اوله الحركات الثلاث جائز

والبهائم لاكل ماله مخلب او ناب والسبع وكل مختطف منتهب جارح قابل عاد

عادة ومعنى التعريم والله اعلم كرامة بنى آدم كيلا يعدوشى من هذه الاوصاف

الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة

على الشافعى في ابايتهما والقيل ذوناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع

الهوام ذكره هو اكل الرخم البغاث لانهما با كيلا الجيف قال (ولا بأس بغراب

الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل

الابقع الذى يأكل الجيف وكذا الغداق قال ابو حنيفة لانه لا بأس باكل

العقوى) لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب اكله

الجيف قال (ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات

كلها) اما الضبع فلم يذكرنا واما الضب فلان النبى عليه السلام نهى عائشة رض

حين سأله عن اكله وهو حجة على الشافعى في ابايته والزنبور من الموديات

والسلحفاة من غبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شى وانما تكره

الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز اكل الحمر الاحلية

والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وآله

وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن على رضى الله عنه ان النبى

عليه السلام اهدر المنعة وحرم لحوم الحمر الاحلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الغرس

عند ابى حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى لا بأس باكله)

لحديث جابر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم

الحمر الاحلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يى حنيفة قوله تعالى والخيل

والبغال والحمير لتربوها وزينة خرج مخرج الامتنان بالاكل من اعلى منافعها

والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادنائها لانه آلة ارباب العدو

فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له سهم في الغنمة ولان في ابايته تقليل آلة

الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضى الله عنه والترجيع للمحرم

ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح

واما البتة فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال

(ولا بأس باكل الارنب) لان النبى عليه السلام اكل منه حين هدى

اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولان اكله

ايها اكلها محمول على الابداء زيلعى (قوله اكل الرخم والبعاء الرخم

النسر في الخلقة يقال له الابسوق والبغاث ما لا يصيد من مخار الطير وضعافه كالصغار

وتحسوها الواحدة بغائسة وفي اوله الحركات الثلاث جائز

(قوله طهر جلده ولحمه وفي رواية لا يطهر بالنكاح لحم المايؤكل لحمه والجلد يطهر وهو الصحيح زيلعي)
(قوله لانه يؤثر الخ اي لان النكاح تؤثر في اباحة اللحم قصدا وفي طهارة اللحم تبعا وقوات الاصل
يدل على قوت التبع فصار كذبيح المجوس مل (قوله امانة في الشرع لانه ليس على الوجه
المشغوع واختلغوا في ان الموجب لطهارة المايؤكل لحمه مجرد الذبيح او الذبيح مع التسمية قال بعضهم
مجرد الذبيح وقال بعضهم بل

﴿ ٣٤٨ ﴾

الذبيح مع التسمية لان
الطهر هو النكاح وهي
عبارة عن الذبيح مع التسمية
ك (قوله ولنا قوله تعالى
الخ وروى جابر انهم اصابهم
جوع شديد في الغز وقالوا
البحر ميتا يقال له الغنير
فاكلنا منه نصف شهر فلما
قلعنا المدينة ذكرنا ذلك
لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال صلى الله عليه
وسلم كلوا رزقا اخرج به الله
لكم اطعمونا ان كان معكم
الحديث ولنا انه لا يدل على
مرادهم فانه قال فجعنا جوعا
شديدا قالوا فالتقى البحر حوتا
ميتا لم نر مثله يقال له
الغنير هكذا روى البخاري
ومسلم واحمد وهذا يدل
على انه كان سمكا وان لم
يكن سمكا فهو في الحال
المخمصة وفيها يجعل الميتة
والخنزير فما طنك بصيد
البحر وهو طاهر بالاجماع
زيلعي (قوله لقوله عليه
السلام احلت الخ فان قيل
هذا الخبر مخالف لقوله
تعالى حرمت عليكم الميتة
والدم قلنا هذا الخبر
مشهور مؤيد بالاجماع فيجوز

الجيف فاشبهه الظبي قال (واذ ذبيح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه لا الاذن
والخنزير) فان النكاح لا تعمل فيهما اما الاذن فلجرحه وكرامته والخنزير
لنجاسته كما في الرباع قال الشافعي النكاح لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في
اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تتبع بين الاصل وهو الذبيح
المجوس ولنا ان النكاح يؤثر في ازالة الرطوبات والدماء السيئة وهي النجسة
دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الرباع وهذا الحكم مقصور في الجلد
كالتناول في اللحم وفعل المجوس امانته في الشرع فلا بد من الرباع وكما
يطهر لحمه يطهر شعره حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسد خلافا له وهل يجوز
الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوزنا اعتبارا بالاكل قيل لا يجوز كالزيت
اذا خالطه وذلك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال
(ولا يؤكل من ميوان الماء الا السمك) وقال مالك وجماعة من اهل العلم
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان
وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحلهم
قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر
هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ السموى لا يسكن الماء
والبحر هو السم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى
السمك فثبت ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دوا ميتة فيه الضفدع ونهى
عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما اتل المحمولى على الاصطبياد وهو مباح
فيما لا يحمل والميتة المذكورة في ما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من
ذلك لقوله عليه السلام احلت لهما ميتتنا ودمان اما الميتة فالسمك والجراد
اما الدمان فالنكيب والطحال قال (ويكره اكل الطافي منه) قال مالك والشافعي
رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما نضب عنه الماء
فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلنا كلوا وعن جماعة من الصحابة مثل من هبنا
وميتة البحر مالم يلفظ البحر ليكون موته مضافا الى البحر لامامات فيه من
غير آفة قال (ولا بأس باكل الجريد والمارماهي وانواع السمك والجراد
بلا ذكاة) وقال مالك لا يجعل الجراد الا ان يقطع الاذن رأسه او يشوبه

تخصيص الكتاب به والسم المعلق بالالف واللام معهود على ما ذكر في آية اخرى (لانه)
او ما مصغرا فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعرض بين الكتاب والخبر ك (قوله الطافي هو ما
فأقل من طفا الشئ فوق الماء اذا علا والبراد من السمك الطافي هو الذي يسرت في الماء حتى
انفه ويحلوه

(قوله) والجمعة عليه ماروينا معنى قوله عليه السلام املت لنا ميتتان ودمان الخ (قوله) فقال كله قلت غريب بهذا اللفظ روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي قال الميتان والجراد ذكي كله انتهى ت (قوله) بيناهما في كفاية المتنهي وهي انه لو وجد في بطن السمكة سمكة اخرى فانها توكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها ان قتلها شي من طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في غطيرة فلا يستطيع الخروج

٣٤٩

منها وهو يقدر على اخفها من غير صيد لان ضيق المكان سبب لموتها وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يصر لموتها سبب ولا بأس باكل سمكة يصيدها المجوس لانها تحل من غير تسمية فان المسلم اذا اخذ السمكة وترك عليها التسمية عمدا يحل بدون التسمية فالمجوس وغير المجوس فيه سواء ن (قوله) روايتان احدهما انها توكل لانها ماتت بسبب حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس والاخرى انها لا توكل لان الجراد البرد صفتان من صفات الزمان وليس من اسباب الموت في الغالب اطلق القنوري الروايين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قواهما يحل ع (قوله) كتاب الاضحية هو في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحي وهو افعولة وكان اصله اضحية اجتمعت الواو والياء وسبقت احدهما بالسكون

لانه صيد البر وهذا يجب على المعمر بقوله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائرهم والجمعة عليه ماروينا وسئل على عن الجراد ياخذ الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا ممن فصاحته ودل على ابايته وان مات حنف انفه بغلاف السمكة اذ ماتت من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمكة عندنا انه اذ ماتت بافة يحل كالماخوذ واذا مات حنف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينهاها في كفاية المتنهي وعند التأمل يبقى المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما بين وما بقي لان موته باقة وما بين من الحي وان كان ميتا فميتة حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قل (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحي عن نفسه وعن ولده الصغار) اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحمدى الروايين عن ابي يوسف انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واطفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لانها لا يخلو في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من صلاتنا مثل هذا الوعيد لا يليق بترك غير الواجب ولانها قريبة يضاق اليها وقتها يقال يوم الاضحي وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضحية للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المقضى الى الوجود ظاهر بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت به في الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله اعلم ماهو ضد السهولة التغيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص

فقات الواو ياء وادغمت الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء وجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي وفيها اربع لغات بضم همزة وكسرها وضحية بفتح الصاد كهدية وهدايا واضعاع وجميعه اضحي كارتاة وارطى وقال الفراء الاضحي منكرو مؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحي وسبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر والغنائم الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر شرط وجوبها كذا في النهاية وغيرها مل

(قوله كما في صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهم ما قربته مالية تعلق بיום العيد فكانا نظيرين من هذا الوجه كـ) (قوله لا يجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال ع) (قوله لا يجوز التضحية بالغ اي ليس للاب ان يفعله من ماله لانه كان المقصود الالتف في الاب لا يملك ان يملك ماله ولده كالاغناق وان كان المقصود التصديق باللحم بعد الارقة فذلك تطوع ومال الصبي لا يعمل صدقة التطوع كذا في المبسوط كافي (قوله

لان القربة الغ اي لان الواجب في الاضحية اراقة الدم والصدقة بعدها تطوع ذلك في مال الصغير ولا يقدر الصغير في العادة ان يبا كل جهيعها ولا يجوز البيع فلذلك لم يجب ع (قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك ابنا وامراة وبقرة فضعا بهما يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فاذا لم يجز في نصيبها لم يجز في نصيب الابن ايضا ع (قوله لا يجوز عن الكل اي كما لا يجوز من صاحب الكثير لا يجوز من صاحب القليل عن (قوله لقوله عليه السلام الغ قلت اخرجه اصحاب السنن الاربع عن ابن سليم قال كنا وقوفامع رسول الله صلى عليه وسلم بعرفات فقال يا ايها الناس على كل اهل بيت في كل عام

الوجوب بالحربة لانها وظيفة مالية لا تنأدى الا بالملك والمالك هو المهر وبلاسلام لكونها قربة وبلاقامة لما بيننا واليسار لما رويناهما اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقدر في الصوم وباليوت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كافي صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروى انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلى عليه وهما موجودان في الصغير هذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضع عنه ابوه او صبه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضع من ماله نفسه لامن مال الصغير فالحلاف في هذا كالحلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان هذه القربة تنأدى بالارافة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يبا كل كذا والاصح ان يضع من ماله بوا كل منه ما يمكنه ويبتاع بما بقي ما ينفع

بعينه (قال وينبع عن كل واحد منهم شاة او ينبيع بقره او بدنة عن سبعة) والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الارافة واحدة وهي القربة الا ما تركناه بالاذن وهو ما روى عن جابر انه قال نعرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص في الشاة فبقى على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذ بالقياس فيما لانص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبيته وقال مالك تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة لا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة

اضحاة وعتيرة اتسرون ما العتيرة هي التي يقول الناس انها الرجبية انتهت (قوله ولو) قال في باب صدقة الفطر والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلى عليه فيلحق به ما هو في معناه كالولادة الصغار لانه يمونه ويلى عليهم ومما ليك لقيام الولاية والمؤنة قال في باب صدقة الفطر ان كان لهم اي للصغار مال يؤدى من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ش

(قوله في الاصح هذا احتراز عن قول بعض المشائخ فانهم قالوا لا يجوز بهما لان لكل واحد منهما اقل من اربعة اشباع ونصف
سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه
ابو الليث والصدور الشهيد لانه لما جاز ثلثة الاشباع جاز نصف السبع تبعاً ووجه ذلك ان نصف السبع وان لم
يكن اضحية فهو قربة تبعا للاضحية كما اذا اضعى شاة فخرج من بطنها جنين من فانه يجب عليه ان يضحيه
وان لم يجز تضحيته ابتداء كفايه ﴿ ٣٥١ ﴾ قوله الا اذا كان معه شيء الخ عنى اذا كان مع احد هما بعض
الاكارع ومع الآخر الجلد

ولو كانت البينة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاشباع
جاز نصف السبع تبعاً له واذ جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون
ولو اقتسموا اجزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا

بالبيع (ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها سبعة معه
جاز استعسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه ادعى القربة فيمنع
عن بيعها ثم لا الاشتراك ههنا صفته وجه الاستعسان انه قد يجب بقرة سمينة
بشربها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع انما يطلبهم بعده فكانت الحاجة
اليه ماسة فجوزناه دفعا للمخرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمنع البيع
والامتنان ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة
الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا
قال (ليس على الفقير والمسافر اضحية) لما بينا وابوبكر وعمر كانا لا
يضحيان اذا كان مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة ولا اضحية
قال (ووقت الاضحية بدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل

الامصار النبيع حتى يصلى الامام العبد فاما اهل السواد فينبجون بعد الفجر
والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبحه ومن ذبح
بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان ادل
نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من
عليه الصلوة وهو المصرى دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال
التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتأخير في حق القروى ولا صلوة عليه
وماروبنا حجة على مالك والشافعى في نفي الجواز بعد الصلوة قبل
نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كان في السواد والمضى
في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة
وحيلة المصرى اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي
بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال
قبل مضى ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل
لامكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال

قبل الصلوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك شاة لهم فقال رسول الله ان عند جندة من المعز فقال ضح
بها ولا تضع لغيرك ثم قال من ضحي قبل الصلاة فانما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب
سنة المسلمين انتهى ك (قوله ان يبعث بها الخ قالوا هذا اذا خرج مقدار ما يباح للمسافر قصر الصلاة
في ذلك المكان يجوز الذبح قبل الصلوة والا فلا قاضيهان (قوله لانها لا تسقط الخ فكان عملها النعمة فاعتبر
فيها مكان المؤدى لا مكان الولد الرقيق على ما عليه الفتوى ك

(قوله ولو ضعى النحر معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستغفل من يصلى بالضعفاء في الجامع هكذا فعله على حين قدم الكوفة ع (قوله اجزأه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارت بين الجواز وعدمه فينبغي ان لا يجوز احتياطا وهذا لانها من حيث كونها بعد الصلوة تجوز ومن حيث كونها قبل الصلوة التي تؤدي في الجبانة لا تجوز كـ (قوله اجزأتهم يعني لا يجب عليهم الذهاب الى الجبانة ولو لم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب اليها كـ (قوله هو جائز ولو صلى ٣٥٢) الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة

بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضعى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصلى اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو امكن فربما اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا (قال وهبى جائز في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعى ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبوح ولنا ما روى عن عمرو وعلى وابن عباس انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراى لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضل اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القرية وهو الاصل اللمعارض ويجوز الذبوع في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضى باربعة اولها نحر لاغير واخرها تشريق لاغير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصديق بشمن الاضحية لانها تقع واجبة سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تغوث بفوات وقتها والصدقة تنوت بها في الاوقات كما فنزلت منزلة الطوائى والصلوة في حق الاقايى (ولو لم يضح

حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشترى) لانها واجبة على الغنى وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندها فاذا فات الوقت يجب عليه التصديق اخر اجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية (قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تنبش الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرينة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى (قال ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) اما الاذن فللقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اى اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصا كالاذن (قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقى اكثر الاذن والذنب جاز) لان لاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولا ان العيب اليسير لا يمكن النحر عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة

تعداد الصلوة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يبعد الصلوة الا الامام وحده فكان للاجتماع دافنه مصاغ فجعلاها هذرا في حق جواز التضحية تحريما للجواز وصيانة لاضاحيتهم عن الفساد زيلعى (قوله لقوله عليه السلام النحر قلت رواه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه في النوع الثالث والاربعين من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن ابي حسين عن جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل ايام التشريق ذبوع وعرفة كلها موقف الى اخره ورواه البزار في مسنده وقال ابن ابي حسين لم يلق جبير بن مطعم ت (قوله وهو الاصل اى الاصل المسارعة الى اداء القرية اللمعارض كما في الاسفار بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه الصلوة والسلام اسغروا وابردوا كفايه (قوله في لياليها اى في ليالى ايام النحر والمراد بها الليلتان المتوسطان لاغير فلا يدخل الليلة

وهى ليلة العاشر من ذى الحجة ولليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويغوث بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر ولا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المعص لخروجه وانما اهازت في الليل لان الليالى تبع للايام واما الكراهة فلما كره في الكتاب عنايه

(قوله ويرد عن أبي حنيفة) (قوله) على ما مر في الصلوة من أن الكسوف مقدر بربع العورة وتقدير النجاسة
بربع الثوب يعني (قوله) ويرد في الثالث يعني إذا كان الناهب الثلث لا يجوز وأن كان أقل من الثلث
يجوز (قوله) اعتبار الحقيقة فإن القليل والكثير من أسماء المقابلة فمادون النصف قليل حقيقه
مل (قوله) هو رجوع منه الخ يعني

﴿ ٣٥٣ ﴾

كان يقول أولا إن الثلث
قليل والكثير ما زاد على
الثلث ثم رجع وقال الكثير
النصف وما زاد على النصف
كسأه و قوله ما ك (قوله)
قولي قريب الخ أي قولي
وهو أن الأكثر من الثلث
مانع لا مادونه أقرب إلى
قولك الذي هو أن الأكثر
من النصف إذا بقي أجزاءه
بالنسبة إلى قول من يقول
أن الربع والثلث مانع ع
(قوله) روايتان في رواية
مانع لأن القليل عفو والنصف
ليس بقليل لأن ما يقابله
ليس بكثير وفي رواية
غير مانع لأن المانع هو
الكثير والنصف غير كثير
لأن ما يقابله ليس بقليل
عيني (قوله) لا يتعلق به
مقصود الأبري أن التضحية
بالابل جائزة ولا قرن له ع
(قوله) وقد صرح الخ رواه
ابن ماجه في سننه عن عائشة
و أبي هريرة أن النبي
صلى الله عليه وسلم كان إذا
أراد أن يضحي اشتري
كباشين عظيمين سمينين
أقرنين أملحين موجهين
ت (قوله) أن كان هذا يعني

في مقدار الأكثر ففي الجامع الصغير عنه وأن قطع من الذنوب أو الأذن
أو العين أو الألية الثلث أو أقل أجزاءه وأن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث
تتعلق به الرصية من غير رضاء العروة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الأبرضاهم
فاعتبر كثيرا ويرد عن أبي حنيفة لأنه يحكي كفاية الكمال على ما مر في
الصلوة ويرد في الثالث لقوله عليه السلام في حديث الرصية الثلث والثلث
كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر من النصف أجزاءه اعتبارا
للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال
أبو يوسف أخبرته بقولي إباحية فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه إلى
قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا
روايتان عنهما كما في إنكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في
غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تتعلق
الشاة بما أويومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأت من موضع
أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلا
قليلا متى إذا رأت من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تغاير ما بينهما فإن كان
ثلثا فالناهب الثلث فإن كان نصفًا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء)
وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة
القرن لما قلنا (والخصي) لأن لحمها أطيب وقد صرح أن النبي صلى الله عليه
وسلم ضحى بكبشين أملحين موهوئين (والثولاء) وهي المجنونة وقيل هذا إذا
كانت تتعلق لأنه لا يخل بالمقصود أما إذا كانت لا تتعلق لا تجزئه (والجرباء)
أن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت
مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتاء وهي التي
لا أسنان لها فغن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثيرة والقليلة
وعنه أن يبقى ما يمكن الاعتلاف به أجزاءه لحصول المقصود (والسكاه) وهي
التي لا أذن لها خلقة لا تجوز لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز
فعديم الآن أولى وهذا الذي ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء
ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع أن كان غنيا عليه غيرها وإن كان
فقيرا تجزئه هذه لأن الرجوب على الغنى بالشرع ابتداء لا بالشرع

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٢٣

أنه لا يكون هذا وأن وقع نادرا لا يجوز ك قال المصنف في باب شروط الصلوة فإن صلت وثلاث ساقها
أو ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند أبي حنيفة ومحمد وإن كان أقل من الربع لا تعيد وقال أبو يوسف
لا تعيد أن كان أقل من النصف وفي النصف منه روايتان فاعتبر الخروج من حد القلة أو عدم
اللفظ في ضده ش

(قوله كما في نصاب الزكوة فانه اذا انتقص النصاب الذي وجب فيه الزكوة بعد العول ينتقص الواجب بقدره ولا يضمن رب المال النقصان ان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان عمل الواجب في جميع المال لا النصف فانه يسقط الواجب بهلاك ذلك المال المعين فيه ما جريعا فكذا في النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان مل (قوله ومن هذا الاصل يعني كونه الواجب على الغنى بالشراء لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس ٣٥٤)

مل (قوله وعلى الفقير الخ لان الواجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية والشراء قد تعدد فيتعبد الواجب وعلى الغنى بايجاب الشرع والشرع لم يوجب الاضحية واحدة كذا في الفتاوى اظهرية ن (قوله فانكسر رجلها من سباب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كالحكم كذلك ع (قوله خلافا لزفر والشافعي لانها صارت معيبة قبل الذبح فلم يجز تضحيته عي (قوله خلافا لابي يوسف وجه قول ابي يوسف انه من اخذ من فاره فافل الذي حدث له كان من ايجاب هذا الذبح فصار ملحقا بصفة الذبح فاما اذا اقطع

فلم تمنع به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقته فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو اضعفها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاء استغسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحقه بالذبح وكان حصل به اعتبارا وحكما (وكذا التبعية في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنفل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولان الصحابة (قال ويجزئ كل الغنى فصاعدا الا الضان فان الجنع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجنع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجنع من الضان قالوا او هذا اذا كانت عظيمة بحيث لو غلط بالثنيان يشبهه على الناظر من بعيد والجنع من الضان ما نبت ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثمن منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر العاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهل والومشى يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل النصب على الشاة بضحي بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحو بها فمات احد هم قبل النحر وقالت الورثة ادبحوها عنه وعنكم اجزا هم وان كان شريك السنة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القرية وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمنفعة عند الاتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قرية الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على مار وبنام قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهله وكذا قصد اللحم يتأنيها واذا لم يقع البعض قرية والاراقة لا تجزى في حق

القرية (القرية) ان يكون سببا من اسباب هذا ففعل الذي حصل به العيب سبب آخر ووجه قول محمد ان الفأنت با باب الذبح كما ثبت بالذبح عن (قوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزءها ولهذا يتبع في القرية والعرة وهذا لان المنفصل من الفعل هو الماء فانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان محل ع

(قوله لان فيه الزام الخ لان الولاء لمن اعتق وليس للوارث الا لزام على الميت بخلاف الاضحية عنه فانها جازت لعدم الا لزام عيني (قوله ولو زجرها الخ اي لو كان فيهم صبي وضعى عنه ابوه او كان احد الشركاء ولم يرضى منهما مولاها جاز لان الصبي اهل للقربة وكذا ام الولد كافي (قوله لما بينا الخ يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز فان الارقاة لا تنجزى وبعض الارقاة صار نفلا ارحما فصار الكل كذلك لان الاب لا يجب

٤٣٥

القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالانثى فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكننا نقول القربة قد تنفع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت (فلو زجرها عن صغير في الورثة ازام بالجاز) لما بينا انه قربة (ولو مات واحد منهم قد بجزها الباقيون بغير اذن الورثة لا تجزى بهم) لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (وياكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومنى جاز اكله وهو غنى جاز ان يؤكله غنيا قال (ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل الادخار لمار وينا والاطعام لقوله تعالى والطيعوا القانع والمعتز فانقسم عليها اثلاثا قال (وينصدق بجلدها) لانه جزء منها (او يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالسطح الجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (فلا بأس بان يشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع فائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان المبدل حكم المبدل (ولا يشترى به مالا ينتفع به بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بمالا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله - وقوله عليه السلام من باع جلد اضحية فلا اضحية له يفيد كرامة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدر على التسليم (ولا يعطى اجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلى تصدق بجلالها وغطاها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا انتهى عنه . عن البيع ايضا لانه في معنى البيع قال (بكره ان يجر صرف اضحية وينتفع به قبل ان يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كفا في الهدي وبكره ان يحلب لبنها فينتفع به كافي الصوف قال (والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان

تسكن وجأ الله السعة فكلوا وادخروا * ٢٣ ت (قوله القانع والمعتز القانع هو الراض بما عده فيما يعطى من غير سؤال والمعتز المعرض للسؤال كذا في التفسير كذا قال العيني وقال في العناية القانع هو السائل من القنوع لامن القناعة والمعتز هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل مل (قوله وذلك مثل ما ذكرنا يعنى كالسطح والجراب والغربال والقدر والقصة لانه لو دمه وانفعه في بيته يجوز فكذا اذا شترى به ما ينتفع به في بيته لان للمبدل حكم المبدل

(قوله) واذا غلط رجلان الغ هذا شرط لانه ذكر في النوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل شبع
اضحية رجل عن رجل لم يعز عن صاحب الاضحية ولو ان صاحب الاضحية ضمن النابح قيمته في العنق بارت
عن النابح عن (قوله) حتى وجب عليه ان يضحي بهما بعينه في ايام النحر وهذا في نظر القس
وشراء الفقيرك (قوله) ويكره ان يبدل بها غيرها اي اذا كان غنيا ك (قوله) آذناه دلالة
الاذن دلالة كالاذن صريحا كما في شرب ماء السقاية ﴿ ٣٥٦ ﴾ وذبح شاة شد القصاب

لا يحسنه فالأفضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهد بها
بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدى اضحيك فانه
يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره ان يتبجها السكتاني) لانه
عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل النكاح
والقربة اقيمت بانابته ونيتته بخلاف ما اذا امر المجوس لانه ليس من اهل النكاح
فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الامر
اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية
غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يعجز عنه عن الاضحية في القياس
وهو قول زفر في الاستحسان يجوز ولا ضمان على النابح هو قولنا وجه القياس
انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وبه
الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي به
بعينه في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون
اهلا للذبح اذ ناله دلالة لانها تغترب بمضى هذه الايام وعساء يعجز عن اقامتها العوارض
فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل بغوته امر مستحب وهو ان
يتبجها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به فلما يحصل له به مستحبان آخر ان
صبر ورثه مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرضيه ولعلنا اثنا من هذا الجنس
مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن منطته او رفع حرجه
فانكسرت او حمل على دابته فغطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو
وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والمطبخ تحتها او جعل المنطة
في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة او مالها الى نفسه او حمل على
دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطبخها
او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيهما بينهما او حمل على دابته ما سقط
فغطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا
ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا
فهو خلافية زفر بعينه ويتناق في القياس والاستحسان كما ذكرنا في ايام
كل واحد منهما مسلوقة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا

رجلها للذبح لان الشاة
تعينت للذبح لشد الرجل
فيكون راضيا بالذبح
دلالة مع انه ربما يعرض له
مانع من الذبح كذا هذا
ك (قوله) الدورق
في ديوان الادب الدورق
مكيال الشراب وقال ابن
وريد واما الدورق الذي
يستعمل فاعجمي معرب كذا
في المجهرة والمراد به ههنا
هو الدورق الذي يحطون
فيها المنطة عند الطحن
ينزل منها المنطة الى
قطب الرمي عن

(قوله فصار كما لو باع الخ يعني انه باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولولم يشتريه حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله ع (قوله ومن اتلف الخ متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا وهو قوله فليكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ع (قوله كان الحكم

﴿ ٣٥٧ ﴾

ما ذكرنا وهو انه يجب الضمان ويتصدق آخذ الضمان حميدية (قوله) ومن غصب شاة الخ ولو ذبح اضحية غيره بغير امره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن النذابع دون المالك لانه ظهر ان الارقة حصلت على ملكه زيلعي (قوله لانه ملكها الخ يعني فكانت التضحية واردة على ملكه (قوله) كتاب الكراهية اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم تغل من اصل او فرع ترد فيه الكراهية الا ترى ان في وقت الاضحية في ليالى ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وغيرها من المسائل كيف تحققت الكراهية وفي كتاب الكراهية ايضا ن (قوله) الا انه لما لم يجد الخ اي اذا وجد نصايث القول في المنصـوص بالنحرىم او التحليل وفي غير المنصوص يقول في الحل لا باس وفي

قد اكلا ثم علما فليجعل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يجعله في الانتهاء وان تشاحا فليكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه له ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته) لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالنذبح فلم يثبت الملك له الا بعد النذبح

﴿ كتاب الكراهية ﴾

قال تكلّموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة و ابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها (فصل) في الاكل والشرب قال (ابو حنيفة يكره لحوم الاثن والبانها واهوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل) وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والنذائح فلانعيدها واللبن منزول من اللحم فاخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الندي يشرب في اناء الذهب والفضة انها يجر جر في بطنه نار جهنم واتي ابوهريرة يشرب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهاناعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزى المشركين ونعم بنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملقعة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وهذا ما شبه ذلك كالحكلة والمرآة وغيرهما ما ذكرنا قال (ولا باس باستعمال

الحرمة اكره اولم يركل عن (قوله لحوم الاثن خص الاثن مع شمول الكراهية لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه ك (قوله نار جهنم في المغرب هذا محفوظا من الثقات بنصب الراء ومعناه ويرددها من جرجر الغلال اذ اردد صوته في حنجرته وتفسير الاذهرى يجر جراى يعدر يعنى يرسل واما ما في الفردوس من رفع النار وتفسير يجر جر بصوت فليس بذلك ك

(قوله والبلور والعقيق ويجوز استعمال الاداني من الصغير لما روى عن عبد الله بن بريدة انه قال انما رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا له ماء في ثور من صفر فتوضأ رواه البخاري وابوداود وغيرهما زيلعي (قوله في الاناء المفضى اى المزوق بفضة كذا في الدر المختار وقال في رد المختار نقلا عن القاسم يقال لكل منقش ومزين مزدق مل (قوله عند ابي حنيفة روى ان هذه المسئلة وقعت في مجلس ابي جعفر الدواقي وابو حنيفة واثمة عصره حاضرون فقالت الاثمة

﴿ ٣٥٨ ﴾

يكره وابو حنيفة ساكت فقليله ما تقول فقال ان وضع فاه في موضع الفضة يكره والافلا فقليله من اين ذلك فقال ارايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه زيلعي (قوله المضرب اى المشدود يقال باب مضرب اى مشدود بالضباب جمع الضبة وهى الحديدة العريضة التى مضرب بها ومنه ضرب اسنانه بالفضة اذا شد بها وفى النفيرة الذهب العريض او الفضة العريضة يجعل على وجه الباب وما شبه ذلك (قوله وكذا اذا الخ اى لو جعله اى التفضيخ فى نصل سيف وسكين او فى قبضتهما او لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة در مختار (قوله وحلقة المرأة والمراد حلقة المرأة التى تكون حوالى المرأة لا ما يأخذها المرأة بيدها

آنية الرصاص والزجاج البلور والعقيق) وقال الشافعي يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاضر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عاداتهم التفاضر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب فى الاناء المفضى عند ابي حنيفة والركوب فى السرج المفضى والجلوس على الكرسي المفضى والسريبر المفضى اذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا موضع البع فى الاخذ وفى السريبر والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد بن روى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضرب بالذهب والفضة والكرسي المضرب بهما وكذا اذا جعل ذلك فى السيف والمشعند وحلقة المرأة او جعل المصحف من ذهب او فضة وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التوبة التى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان يستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا يبيح حنيفة ان ذلك تسابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره كالجبة المكشوفة بالحريير والعلم فى الثوب ومسار الذهب فى الفرس قال (ومن ارسل ابيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لهما فقال اشترينى من يهودى او نصرانى او مسلم وسعه اكله) لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه مرة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه) اذا كان معناه ذبيحة غير الكتابى والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل اولى ان يقبل فى الحرمة قال (ويجوز ان يقبل فى الهدية والاذن قول العبد والمجارية والصبي) لان الهدايا تبعت عادة على ايدى هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصعاب الشهود على الاذن عند الضرب فى الارض والمبايعة فى السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدى الى المخرج وفى الجامع

فذلك مكره اتفاقا (قوله او جعل المصحف الخ قال فى غرر الافكار يجنب فى المصحف ونحوه موضع الاخذ وفى السرج ونحوه موضع الجلوس وفى الركاب موضع الرجل وفى الاناء موضع الفم وقيل موضع الاخذ ايضا ويجنب فى النصل الفضة واللجام موضع اليد فالماصل ان المراد الانتفاء بالعضو الذى يقبله الاستعمال رد المختار

(قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يودى الى المخرج من (قوله ويقبل في المعاملات الخ)
 وانه ان المعاملات يقبل فيها خبر كل ميمز حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا كبيرا كان او صغيرا عموم
 الضرورة فان الانسان فلما يجد المستجمع الشرائط العدالة ليعامله او يستغنى عنه ويبعثه الى مكانه ونحو
 ذلك ولا دليل مع السامع سوى الخبر ولان المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى
 لاشتراطها فيها لان الحال فيه

٣٥٩

الصغير اذا قالت جارية لرجل يعنى مولاى اليك هدية وسعه ان يأخذها
 لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال
 (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل)
 ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو
 شرطنا شرطاً زائدا يودى الى المخرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
 كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعنا للمخرج اما الديانات
 لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط
 فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق منهم والكافر لا يلزم الحكم
 فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه السقام في
 ديارنا الا بالمعاملة ولا فتهيهاله المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة
 فيقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة انه يقبل
 قوله فيها جريا على مذهب انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق
 فيه سواء حتى يعتبر فيهما كبر الراى قال (ويقبل فيها قول العبد والمحرر
 والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجع والقبول لرجحانه
 فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة
 الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر
 فاسقا والمستور تعرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به
 وان اراق الماء ثم يتيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا
 معنى للاحتياط بالاراقة اما التعرى فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب
 يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتعرى وهذا جراب الحكم فاما
 في الاحتياط فيتيمم به الرضوخ لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه
 زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى
 قال (ومن دعى الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس
 بان يقعد ويأكل) قال ابو حنيفة ابن ليث بهنا مرة
 قصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام

جال مسألة لاحال منازعة
 ولان المعاملات يكثر
 الخ فاذا قبل فيها قول
 المميز وكان في ضمن
 قبوله في الديانات تقبل
 في الديانات ضمنا ضرورة
 وكم من شىء لا يصح قصدا
 يصح ضمنا ولان كل معاملة
 لا تغلو عن ديانة فلو لم
 يثبت فيها في ضمن
 المعاملات لادى الى المخرج
 بخلاف الديانات المقصودة
 زيلعى (قوله لان الفاسق
 منهم لانه يرتكب الكبائر
 فجاز ان يرتكب الكذب
 كما في قوله جريا على
 مذهبه انه يجوز القضاء
 اى يقتصر الحاكم على
 ظاهر العدالة في الشاهد
 عند ابى حنيفة اذا لم
 يطعن الخصم والصحيح
 ان المستور كالفاسق لا
 يكون خبره حجة حتى
 تظهر عدالته كـ (قوله

وفي ظاهر الرواية الخ وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من احد شطرى الشهادة وقد سقط اعتبار
 العدل فبقى اعتبار العدالة ع (قوله حتى يعتبر فيهما اى في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء
 ع (قوله ومع العدالة الخ يعنى اذا اخبر عدل بتنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء لسقوط احتمال
 الكذب مع العدالة واما التعرى الخ كـ

(قوله) فكذلك القليل الخ فان قيل الجلوس على كرسى الفضة لايجل ولا يجل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلنا ما اطلقنا القليل الا ليكون نموذجاً فاذا انقلب مقصودا بقى حراما كالحرير وهذا لان الحرير لبس اهل الجنة قال الله تعالى (ولباسهم فيها حرير) فوجب اطلاق القليل منه وهو للعلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون نموذجاً الى ذلك الكثير الكامل فاما الفضة فلا يكون لباساً في النار الاخرة وانما يكون منها الكرسى ونحوها فلو اطلقناه ﴿ ٣٦١ ﴾ لصار عينها مطلقاً وعين الشيء لا يصلح نموذجاً كـ (قوله)

كقوله نموذجاً النموذج بفتح النون معرب بمعنى النموذج بضم الهمزة يعني ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لئلا ما وعد له في الآخرة ليترغب في تحصيل سبب يوصله اليه ع (قوله) والمحذور لا يستباح الا لضرورة مرتبط بالسابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط والمعنى ان المحذور لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيهما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انها اخرها في الذكر لكون مسائل المقدمة الاولى بدليلها العقل اكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر نت (قوله) وما رواه محمود الخ اقول فيه نظر لان ما رواه النسي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل

وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذلك القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه انموذجاً هلى ما عرفت قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندنا) لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو ولبريقه (ويكره عند ابي حنيفة) لانه لا فصل فيما روي بنا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحته حرير وسداه غير ذلك والمحذور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمود على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدود بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتمدة دون السدى وقال ابو يوسف كره ثوب القز يكون بين الغرو والظاهرة ولا يرى بعشو القز لباساً لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لان عدمها والاعتبار للحمة على ما بينا قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب) لما روي بنا (ولا بالفضة) لانها في معناها (الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقاً للمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الابالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام وراى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رايعة الاصنام وراى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روي بنا عن علي رضى الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتمدة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر

على المخلوط ان يصع في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريراً قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسمنت (قوله) والخز هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف ميان يكون في الماء كـ (قوله) يدل على تحريمه فانه يتخذ منه الاصنام فاشبهه الصفر وهو مخصوص كـ المرفقة بمعنى الوسادة س

(قوله لم تندفع في الانف دونه اي دون الذهب اي لم تندفع الضرورة في الانف بدون اتخاذ من الذهب كـ) قوله ويكره الخ وذلك لان الصبي يجب ان يعود ما يجوز في الشريعة دون ما لا يجوز ليألف ذلك عن (قوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في غاية البلدان لدفع الاذى ومارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ع) (قوله والرتيمة ثم الرتيمة قد يشبهه على بعض الناس بالتيمة وهي خيط كان

﴿ ٣٩٢ ﴾

يربط في العنق اذ في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن انفسهم على زعمهم وهو ممنى عنه وذكر في حدود الايمان انه كفر والرتيمة مباح لانها ليست كالتيمة زيلعي (قوله وتعتقد الرتم الرتم نوع من الشجر وكان الرجل اذا اراد في السفر عمد الى هذا الشجر فعقد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع من سفره واصابه على الحاملة قال لم تخشني امرأتى وان اصابه وقد انعل قال قد خائنني اهلى ومعنى البيت هل ينفعنك اليوم ان همت امراتك ان تخونك وصينتك بها واقامتك من يحفظ بها وتعتقدك الشجر (قوله ان همت بهم اي بشئ تريد يعنى انها اذا كانت عفيفة حفظت نفسها وان لم تكن كذلك فلا حيلة فيها كذا قال ابو محمد يوسف بن الحسن فالنعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن تفعال كالتلعاب والتهداب والبيت برواية الثقات من اهل

بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن (وانما يتغتم القاضى والسلطان) لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال (ولاباس بمسار الذهب جل في حجر الفص) اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لاباس قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لاباس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفة بن اسعد السكاني اصابه يوم الكلاب فاتخذ انعاما فهدى فانتن فامر النبي عليه السلام بان يتخذ انعاما ذهب ولا يي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الاذى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال (ويكره ان يلبس المذكور من الصبيان الذهب والحديد) لان التحريم لما ثبت في حق المذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالحرم لما حرم شربه حرم سقيها قال (ونكره الخرقه التي تحمل فيمسخ بها العرق) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمسح بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس (ولاباس بان يربط الرجل في اصبعه ارجلته الخيط) الحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك

من عادة العرب قال قائلهم (شعر) لا ينفعك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توسى وتعتقد الرتم * وقد روى ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك لانه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النسيان (فصل) في الوطى والنظر والمس قال (ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهما اما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعها وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اغدا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يبساح النظر الى قدمها وعن

اللسغة هل ينفعنك اليوم بلفظهل وهو القياس في كلام العرب والفقهاء اوردوا في كتبهم بحرف النون وليس ذلك بقباس لان نون التأكيذ لا تدخل في النفي الا نادرا في الشعر كذا في غاية البيان وفي الكفاية ان هذا هو المشهور والمروى عن الثقات الا ان ابا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وفي المغرب الرتيمة خيط التذكير يعقد بالاصبع وكذا الرتيمة قال الهاعر شعر * اذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتام بل

(قوله) لان فيه بعض الضرورة لانها تحتاج الى ابدان قدسها اذا مشيت حافية او معلقة وربما لا يجد
الغنى في كل وقت كافي (قوله) قال فان كان الغنى اى قال القدورى في مختصره اى هذا الذى قلنا من
جواز النظر الى وجه الاجنبية وكفيها فيما اذا امن الشهوة فاذا لم يأمن الشهوة لم يحل النظر الى وجهها
غاية البيان (قوله) الحاجة كان يدعى الى الشهادة عليها واراد تزويجها اذ كانت امة اراد شراؤها
كذا قال الولوالجى في فتاواه ﴿ ٣٦٣ ﴾

ابى حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابى يوسف انه يباح
النظر الى زواجرها ايضا لانه قد يبدى منها عادة قال (فان كان لا يأمن الشهوة
لا ينظر الى وجهها الا للحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة
اجنبية عن شهوة صب في عينه الا نكح يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر
من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في
الاشتها كما اذا علم اذ كان اكبر رائي ذلك (ولا يحل له ان يمس وجهها ولا
كفيها وان كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
يخالف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كفى امرأة ليس
منها بسبيل وضع على كفها جمرة يوم القيمة وهذا كانت شابة تشتمى اما
اذا كانت عجوز لا تشتمى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف
الفتنه وقد روى ان ابا بكر كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا
فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله ابن الزبير رضى الله عنه استاجر
عجوز النمرضة وكانت تغمر رجله وتغلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على
نفسه وعليها ما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تجل مصافحتها له اذ فيه من
التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتمى يباح مسها والنظر اليها
لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد
اذا اراد اداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتمى) للحاجة الى
احياء معقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصده
اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه
وهو قصد القبيح واما النظر لتجمل الشهادة اذا انتهى قيل يباح الاصح انه
لا يباح لا يوجد من لا يشتمى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن اراد ان
يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتمى) لقوله عليه
السلام فيه ابصرها فانه امرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة
السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها
للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة ما داتها) لان نظر الجنس الى الجنس

نظر الغنى هكذا ذكر شمس الاثمة الحديث في شرح السكاكي ولكن في صحنه نظر والمجاسن
جمع الحسن من ادب يقع على خلاف القياس وكأنه جمع مجسن كذا قال الجوهري والآنك الاسرب وافعل من
ابنية الجمع ولم يجز عليه الواحد الا نكح كذا فى الصحاح عن (قوله) فانه امرى الغنى اى فان الابهام
اولى بالاصلاح وايضا الالف والوفاق ك (قوله) ان يؤدم اصله بان يؤدم فعندت الباء وحذفها
مع ان وان كثيرا عن

(قوله فان لم يقدرُوا اى لم يجدوا امرأة تداءيها وخافوا على المرأة ان تملك او يصيبها بلا او فعلها من ذلك وجع غير متحملة ولم يكن للعلاج بمن الرجل عن (قوله كنظر الغافضة والغتان يعني انهما ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الغتان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها وهو مكرمة للنساء ايضا والغضض للجارية كالغثن المغلّام وجارية مخفوضة اى محتونة ك (قوله وكذا للهزال الفاحش اذا قيل له

﴿ ٣٦٤ ﴾

ان الحفنة تزيد مالك من الهزال فلا بأس بان يبدي ذلك الموضع للمحقق على ماروى عن ابي يوسف وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره السق والسل ك (قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة هو سعد بن معاذ السروزي فانه يقوله ان السرة احد مسمى العورة فيكون من العورة كالركبة وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا بوجهين احدهما ذكرنا من تعليل اتى عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انه احد مسمى العورة فيكون عورة كالركبة وهذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة من العورة والثاني ان الشافعي حمل في اثبات ان الركبة ليست

اسهل (فان لم يقدرُوا يستترك كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها و صار كنظر الغافضة والغتان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن ابي يوسف لانه اشارة للمرض قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرتيه الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرتيه الى ركبته ويروى مادون سرتيه حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والغضض عورة خلافا لاصحاب الظواهر ومادون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري ومعتدا فيه العادة لانه لا يعتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي سرتيه فقبلها ابو هريرة وقال عليه السلام لجرهد وا زفخذك اما علمت ان الغضض عورة ولان الركبة ملتقى عظم الغضض والساق فالجتماع المحرم والمبيع وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخفى منه في الغضض وفي الغضض اخفى منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه يرفق وكاشف الغضض يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج (وما يباح النظر اليه للرجل من

الرجل يباح المس) لانهما في ما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الحش من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايتها انها تشتته او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالب وهو

بعورة بقوله انها من العورة فلا يكون من العورة كالسرة لان المس لا يدخل في المحذور (كالمحقق) وهو تنصيص على ان السرة ليست بعورة وهذا التعليلان في المبسوط ولكن في الاسرار نوع اشارة الى ان الشافعي جعل السرقة من العورة ولم يجعل الركبة من العورة ن (قوله انه قال الركبة الخ قلت غريب من حديث ابي هريرة وتقدم في شرط الصلوة من حديث على عند الدارقطني وفيه ضعف ن (قوله واما من المواراة بمعنى الستر

(قوله فاذا اشتهى الخ يعني انه لو كان الناظر بشهوة هو الرجل فلان النساء اكثر شهوة من الرجال فكثرة الشهوة من جانبها يثبت اشتهاها من حيث الاعتبار وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتها والاشتها من الجانبين اكثر افضاء في الوقوع الى الحرام من الاشتها من جانب واحد اما اذا كان الناظر بشهوة هي المرأة فلا اشتها ان تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتا من جانب الرجل ومجردا لشهوة من احد الجانبين في سببية ما هو حرام

٣٤٥

كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة في موجودة الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبها حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال (وينظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كافي نظرا للرجل الى الرجل) وكذا الضرورة قد تتحقق الى الانكشاف فيما بينهما وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال (وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته التي فرجها) وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد الغير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى الفاقة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع اداى الى المخرج وكذا الرغبة تقل للجريمة المؤبدة فقل ما تشتهى بغلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح

دون الشهوة من الجانبين فلهذا قلنا بالاستحباب في جانب المرأة وبالحرم في جانب الرجل عن (قوله من الجانبين في جانبها حقيقة لانه هو المفروض في جانبها اعتبار القيام الغلبة مقام الحقيقة ع (قوله التي تحل له قيد بالحمل لان اباحة النظر الى جميع بدن امه مبنية على حل الوطى وفيما لا تعلى من امته كامة المجوسية وامته والتي هي اخته من الرضاة كان الحكم في النظر كامة الغير (قوله عليه السلام الخ اخرج اصحاب السنن الاربعة ابوداود في الحمام والترمذي في الاستيفان والنسائي في عشرة النساء وابن ماجه في النكاح عن معوية بن جعدة قلت يا رسول الله عوراتنا مانا منها وما نذكر قال احفظ عورتك الامن زوجتك اراما لمكت يمينك ت (قوله اذا اتى الخ روى الطبراني في معجمه عن ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

اذا اتى احدكم اهله فليستتر ولا يسجدان تجرد العيرين ت (قوله لان كل ذلك الخ اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والاذن موضع القرط والعنق والصدر والغدى موضع القلادة والعضد موضع السلموج والساعد موضع السوار والساق موضع الخلل والسفك موضع الخاتم والحضاب والقدم موضع الخضاب مل

(قوله في الاصح متعلق بقوله اوسفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لان المصاهرة بالنكاح لانهم قالوا جميعا اذا كان محرما بسبب مباح او شبهة بجوز الحلوة والمسافرة معها واذا كان محرما بالزنا فلا تنسافر معه عند بعضهم واليه ذهب القنوري وناخذه لانا اثبتنا حرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح ام المرتبة وبنقها احتياطاً والاحتياط ان لا يسافر ولا يخلو معه عن (قوله لان الشهوة الخ فان الشهوة بين الاجانب والاجنبات متكاملة فلجوزنا

٣٦٦

المس لادى الى الفساد غالباً من (قوله الا لا يخلون الخ قلت غريب هذا اللفظ وقنوري من حديث عمر وابن عمرو وجابر بن سمرة وصامر بن ربيعة وليس فيه قوله ليس منها بسبيل وهو عمل الاستدلال ت (قوله والمراد اذالم يكن الخ اقول لقائل ان يقول كون المراد اذالم يكن محرماً ليس باحلى من اصل المسئلة لجواز ان يكون المراد اذالم يكن زوجها ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز ان يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المغالفة وهو ليس بجعة عندنا نت (قوله لعدم الضرورة يعنى ان الاباحة في الامة باعتبار الضرورة لا ضرورة للاجنبى في حق الحلوة والسفر بها عن (قوله وفي الراكب الخ يعنى اذالم تقدر الامة الاجنبية على الركوب والنزول الابطشقة وضرر يلحقها فح يركبها وينزل بها الاجنبى وفي ذوات المحارم

في الاصح لما بينا قال (ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها) لتتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمة بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيع النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخلو عليها اوعلى نفسه الشهوة) فعينث لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش ومرة الزنا بذوات المعارم اغلظ فيجتنب (ولا باس بالحلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تنسافر المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها وذو رحم محرم منها لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان قالوا الشيطان والمراد الله الم يكن محرماً فان احتاجت الى الراكب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ماتحتهما اذا امتنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا وشكافليجتنب ذلك بجهنم ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلاً وان لم يمكنها يتكفى بالثياب كيلا تصيبه حرارة هضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لمواضع مولاه وتخدم اضيافه وهي في ثياب ممنتها فصار ما لها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخلة في حق محارم الاقارب وكان عمر اذ رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القى عنك الحمار يادفارتشبهين بالحرائر ولا يجعل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما قبله محمد بن مقاتل انه يباح الى ما دون السرة الى الركبة لان لا ضرورة كافي المعارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولقطة المملوكة تنظم المديرة والكاتبة وام الولد لتتحقق العامة والمستسعاة كالمكاتبة عندناى عنيفة على ما عرفت واما الحلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كافي المعارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الراكب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المعارم مجرد

الحاجة

اعتبر مجرد الحاجة يعنى يركبها وينزل بها مجرد حاجة ذات المحرم الى الركوب والنزول سواء كان في ركوب نفسها او نزولها ضرراً لا غاية البيان (قوله الضرورة اي الضرورة التى لا مدفع لها يعنى اذا حان الهلاك على الامة بان كانت في الغياى فللم يكن يركبها ينقطع عن القافلة ويهلك واما الحاجة ان تكون المرأة في البلد والقرية ولها حاجة ان تمشى الى المزرعة كفاية

(قوله ولم يفصل الخ أي لم يفصل في جواز المس من الامة الاجنبية ما يجوز النظر اليه بين الاشتهاام
وعنه لانه قال في الاصل الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يريد شراء جارية
فلا يلبس بان يمس ساقها ومصدرها وذراعها وينظر الى ذلك كله مكشوفاً الى ههنا لفظ محمد فيه فدل على
جواز مس من يريد الشراء بالاشتهاام لان اطلاق اللفظ يشمل ذلك وانما جاز مس هذه المراضع التي يجعل
النظر اليها لان النظر انما

٣٦٧

جواز اليها لمحاسن الحاجة
لان الامة تحتاج الى الخروج
في المواقف والاخذ والاعطاء
وتكليف الستري سودى الى
المخرج فمست الحاجة النظر
وكذلك يقع الحاجة الى
المس وذلك غرض صحيح
فعل المس عن (قوله لانه
نوع استمتاع لان المس
بشهوة جماع معنى والجماع
حقيقة حرام ان اراد الشراء
فكذلك الجماع معنى
بخلاف النظر بشهوة فانه
ليس بجماع اصلا عن (قوله
لم تعرض في ازار المراد
بالازار ما يستمر ما بين السرة
والركبة كافي (قوله معناه
بلغت لان الحيض رديف
البلوغ فاراد به المردوف
كناية عن (قوله الخ
الخ خصاه نزع خصيته
يخصيه خصام على فـ
والاخصاء في معناه خطام
واما الخ كفا في حديث
الشعبى على فعل فقياس
وان لم تسمعه والمفعول
خصى على فـ والجمع
خصان كـ (قوله لقرول

الحاجة (قال ولا يلبس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتمى) كذا
ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشائخنا
يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا
اشتمى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر
والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاصت الامة لم تعرض في ازار واحد) ومعناه
بلغت هذه المواقف لما بيننا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت
تشتى ويجماع مثلها ففى كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاام
قال (والخصى في النظر الى الاجنبية كالفعل) لقول عائشة
الخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله ولانه فعل يجماع وكذا المجبوب لانه
يستحق وينزل وكذا المخت في الردى من الافعال لانه فعل فاسق والحاصل
انه يؤخذ فيه به حكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال
(ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها)
وقال مالك ره هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعى لقوله تعالى او ام املك
ايمانهم لان الحاجة متحققة لدخوله عليهما من غير استئذان ولنا انه فعل غير
محرر ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل
خارج البيت والمراد بالنص الامام قال سعيد الحسن وغيرهما لا غرنكم سورة
النور فانها في الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن امنه بغير ادنها)
ولا يعزل عن زوجته الاباء ادنها لانه عليه السلام نهى
عن العزل عن الحرة الاباء ادنها وقال لمولى امه اعزل عنها
ان شئت ولان الوطى حق الحرة قضاء للشهوة وتعصلا للملك
ولها تغيير في الحب والعنة ولاحق للامة في الوطى فلها لا ينقص
حق الحرة بغير ادنها ويستتبعه المولى ولو كانت تـ
امة غيره فقد ذكرناها في النكاح (فصل) في الاستبراء وغيره
قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقر بها ولا يمسها ولا يقبلها
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله

عائشة الخ قلت غريب واخرجه ابن ابي شيبة عن ابن عباس قال غصا اليه ثم ثلثه واخرج عبد الرزاق
في مصنفه عن شهر بن حوشب الخصاص مثلت (قوله الخصاص الخ روى ذلك عن عائشة رض في عامة كتب
اصحابنا بطريق الارسل وقوله فلا يبيع ما كان حراما قبله من كلام عائشة رض كـ يدل عليه تقرير الفقات
في عامة المعبرات نت

(قوله في سبأيا الخ السبأيا جمع سبية وهي جارية تسبى وارطاس اسم موضع على ثلث مراحل من مكة والرسول
 الله صلى الاعليه وسلم غزوة مشهورة به وهي غزوة حنين عن (قوله ولا الحيالى الخ الحيالى جمع حائل
 وهي التى لاحمل لها على خلاف القياس للاردواج بالحيالى وهي جمع حبل و يستبرأ بالهزة لا غير من
 استبرء الجارية وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحبضة او مقام مقامها عن (قوله افاد وجوب الخ لان النسي
 عن الوطى من الملك وهو المطلق

٣٦٨

الحاضر يدل على وجوب
 الاستبراء لانه لو لم يجب
 لمانع المالك عن استيفاء
 حقه والنفى ابلغ عن النهي
 ك (قوله وهو استحداث
 الخ لا يقال الوجه كونه
 مسببة لانه اضافة والاضافات
 لا يدخل لها في العلة لانه
 لو اعتبر ذلك انسداد باب
 القياس وانه مفتوح
 بالنصر فسلم يبق ههنا
 الاكوتها مملوكة رقبة
 ويداء هو المورث كما ذكر في
 الكتاب تاج الشريعة (قوله
 لانه هو المار جود الخ يعنى ان
 الموجود في مورد النص وهو
 قوله الا لا توطا الحيالى
 ليس الاستحداث الملك
 واليد فيكون هو السبب
 ولمانع الشرع عن الوطى
 مع الملك لا يخلو عن حكمة
 وهي صيانة الماء عن الخلط
 بماء غيره ولا يجوز ان يكون
 المحكمة موجبة لان
 المحكمة معقبة والعلة
 سابقة ك (قوله صيانة
 الخ اورد عليه صاحب
 الاصلاح والابضاح حيث
 قال يرد عليه انهم ينكرون

عليه السلام في سبأيا ارطاس الا لا توطا الحيالى حتى يضع حملهن ولا الحيالى
 حتى يستبرئن بحبضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسببة
 وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود مورد النص وهذا لان المحكمة
 فيه العرف من براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
 عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محرم وهوان يكون
 الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة
 الوطى والمشتري هو الذى يريد دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
 امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى والتكهن انما
 يثبت بالملك واليد فانصب سببا وادبر الحكم عليه تيسيرا فكان السبب
 استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك
 كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا
 يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك ومن لا يعل
 له وطبها وكذا اذا كانت المشتراة بكر الم توطا لتتحقق السبب
 وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق
 السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحبضة التى اشتراها
 في اثنائها ولا بالحبضة التى حاضتها بعد الشراء وغيره من اسباب الملك
 قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف
 لان السبب استحداث الملك واليد الحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ
 بالحاصل قبل الاجارة في بيع الفضولى ان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل
 بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتر بها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب
 في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الان والحكم
 يضاف الى تمام العلة ويجزأ بالحبضة التى حاضتها بعد القبض وهي
 مجوسية او مكاتبه بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت
 المكاتبه لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى
 للعلة والحكمة لمانع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت

انعلاق الولد من مائتين لعدم امكان الاختلاط بينهما انتهى اقول ليس هذا بشئ اذ ليس البراء
 بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة الخ الاختلاط الحقيقي بسبل المراد به الاختلاط المحكمى وهوان لا يتبين
 الولد من اى ماء العلق يرشد اليه قول لمصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول الكافي في تعطيل
 الاختلاط اذ لو طبها قبل ان ينصرف براءة رحمها فلا يدرى ان الولد منه او من غيره والنسب ينكرونه انما هو
 اختلاط المائتين اختلاطا حقيقيا

(قوله الآية) يعني التي ابتعت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاه فان ابتعت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبي حنيفة لانهم لا يملكونها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليها الاستبراء لانهم ملكوها ع (قوله) نظائر كثيرة الخ منها اذا كاتب امه ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك اذا باعها على انه بالخيار ثلثة ايام ومسلم الى المشتري ثم ابطال البيع في مدة الخيار ومنها

﴿ ٣٦٩ ﴾

لا يلزمه الاستبراء اذا اودعها ثم استردها ك (قوله على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع فصارت ام ولد فيظهر ان الدواعي حصلت في ملك غيره ك (قوله) اصدق الرغبات لتوفر رغبته فيها مالم يحصل مقصوده منها ك (قوله) ولم يذكر الخ واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهو المسببة الى الفرع وهو غيرها بتغيير في غير المسببة دونها ويمكن ان يجاب عنه بان التعدي هنا بطريق الدلالة ولا يبعد ان يكون لللاحق دلالة حكم للدليل لم يكن للملاحق به لعدمه والدليل هنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه حيث حرمت الدواعي لم يقل بها الشافعي اكثر الفقهاء فلما كان علنها في المسببة امرا واحدا وهو الافضاء لم تعتبر ولما كان في غيرها امر ان الافضاء والسقوط في غير الملك تعاضدا فاعتبرت ع (قوله)

الآية اوردت المغصوبة او المواجهة او فكت المهرونة) لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادبر الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطى حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضى الى الوطى والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضى اليه ولم يذكر الدواعي في المسببة وعن محمد انها تحرم لانها لا تحتل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حمل لاتصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الاشهر بالاشهر) لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كافي المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقعدة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كافي العدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بعامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وفسر ايام عنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة قال (ولا باس بالاحتياط لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحتمل المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشترىها ولو كانت فالحيلة ان يتزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض من يوثق به ثم يشترىها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك الموكك بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حمل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب)

على ما بينا اشارة الى قوله (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٢٤ اول احتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع نعت (قوله) لما روينا اشارة الى قوله الا لا توطن الحبالى حتى يضعن حملهن عن (قوله) كما في المعتدة اى كما ان الشهر يقوم مقام الحيض في حق المعتدة اذا كانت من ذوات الاشهر مل (قوله) كافي العدة اى اذا كانت عدتها بالاشهر فرأت الدم في خلالها يجب الاعتداد بالحيض عني (قوله) رفع عليها اى تمنع بها من قولهم وقع الطير على اللحم وتفسير الوقوع بالجماع تفسيرا باحد انواع التمتع اعظمى

(قوله الظاهر الخ هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطراداً فان الكلام لما اتساق في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره ع (قوله حرام لانه لو كان السبب مطلقاً لكان السبب ايضا محلاً لان المقصود من مشروعية السبب هو المسبب كافي الاعتكاف لما حرم الوطى حرم الدواعي ايضا والاحرام لما حرم الوطى

﴿ ٣٧٥ ﴾

حرم الدواعي ايضا وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة حرم وطئها قبل انقضاء العدة فكذلك حرم الدواعي عن (قوله يمتد شطر مهرها اي قريبا من شطر مهرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر ك (قوله ويضاجع الخ اخرجه الاثمة الستة من عائشة رض قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامر احدا ان اذا كانت حائضا ان تنزل ثم يضاجعها (قوله فقبلهما الخ لانه اذا لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطاء ايهما شاء سواء كان اشتراهما معا او اشتراهما على التعاقب وان قبل واحدة منهما فله ان يطأ المقبلة دون الاخرى واذا لم يكن التقبيل بشوة صار كانه لم يقبلهما اصلا (قوله لاطلاق الخ والمراد الجمع بينهما وطئا وعقدا لانه معطى على المحرمات وطئا وعقدا زيلى (قوله

الظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطى الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب المحرام حرام كافي الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر مهرها والصوم يمتد شهرا فرجا واكثر العمر نفاذ في المنع ههنا بعض الحرج ولا كذلك ما عداها النقص مدها وقد صرح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له اثنان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجمع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره يملك اذ نكاح او يعتقها) واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى اذما ملكتم ايمانكم لان الترجيع للمعمر وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطى بمنزلة الوطى في التعريم على ما مذهبنا من قبل فاذا قبلها فكانه وطئها ولو وطئها باليس لانه ان يجمع احدهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلها وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك اذ نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله يملك اراد به ملك يمين فينظم التملك بسائر اسبابه ببيع او غيره وتمليك الشقص فيه كنملك الكل لان الوطى يعمر به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطى بذلك كله وبرهن احدهما واجارته او تبديرها لانه لا تهل الاخرى الا يرى انها لا تخرج بهما عن ملكه وقوله اذ نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احدهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطس الاخرى الا ان يغسل الزوج بهافيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التعريم ولو وطى احدهما حمل له وطى الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جاءه ما بوطى الاخرى

(لا بوطى) ولا يعارض الخ فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وامكن ههنا بان يعمل قوله تعالى وان تجمعوا على النكاح وقوله تعالى اذما ملكتم ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يعمر الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ههنا ايضا ولان قوله اذما ملكتم ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمشعرين وهو المحرم للجمع تاج الشريعة

(قوله لا يجوز الجمع بينهما الخ كل شخصين لو جعل احدهما ذكرا والاخر انثى ايها كان جاز النكاح بينهما جاز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين وان كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين شرح الطحاوي قوله وقبل بين هينيه وذلك يوم فزع خبير وقال لا ادرى بماذا اسر بفتح خبير ام بقدم شرح الطحاوي قوله وقبل بين هينيه وذلك يوم فزع خبير وقال لا ادرى بماذا اسر بفتح خبير ام بقدم مفرود هانف زيد بن حارثة وكان اصحاب رسول الله عليه وسلم يفعلون ذلك وفي الكافي كان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ ٣٧١ ﴾

زيلي (قوله وهي المعانقة تفسير المكافئة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كأمع امراته ضاجعها وكأمع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكافئة والمكافئة اي عن ملاعبة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا يستمر بينهما ك (قوله ثم قالوا الخ الشيخ ابو منصور وفسق الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في ازار واحد فانه سبب يقضى اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس ع (قوله من صافع الخ قلت روى الطبراني في معجمه عن حذيفة بن اليمان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المؤمن اذا لقى المؤمن فسلم عليه واخذ به يده فصافحه تناءرت

لا يوطى الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما كما في ما ذكرناه بمنزلة الاغتئين قال (ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل اويده او شيئاً منه او يعانقه) وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفر بن رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المكافئة وهي المكافئة وهي التقبيل وما رواه محمد بن علي ما قبل التعريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المنوارث وقال عليه السلام من صافع اخاه المسلم ومركبته تناءرت ذنوبه فصل في البيع قال (ولا بأس ببيع السارقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السارقين ايضا لانه نجس العين تشابه العذرة وجلد الميتة قبل السباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضى لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل للبيع بغلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت غالطنه النجاسة قال (من علم بجارية انها لرجل فرأى اخر يبيعها قال كلن صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها او يطاها) لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لئلا من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها على لباقلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رائي انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للعاجلة على ما مروا ان اكبر رائي انه كاذب لم يسعه ان يتعرض بشئ من ذلك لان اكبر الرأى يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها فلان ولكن اخبره صاحب اليد انها فلان وانه وكله ببيعها او اشترها منه والمخبر ثقة قبل قوله

غطاها كما ينشأ ورق اشجرت * ٢٤ (قوله فصل في البيع اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطى لان اثر تلك الافعال متصل بين الانسان وهذا ان ما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم ع (قوله فكان مالا لان المال ما يدور اي يدخل لوقت الحاجة وقد يتمول المسلمون السارقين وانتفعوا للبه من غير تكدير من احد من السلف عن قوله ونجوز بيع المخلوط ما عندنا يجوز بيعه ونجاسة العين تمنع الاكل ولا تمنع الانتفاع فجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع عن

(قوله حجة في حقه اى في حق نفسه فيما يرجع اليه وهو قوله ليس لى ولكن لفلان ولكن غير حجة في حق غيره فيما يرجع اليه وهو قوله ولكنى او اشتريت منه فلا بد من حجة وهو اكبر الرأى مل (قوله في حق الفاسق والعدل اى في حق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرها والفاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له ويجل لمن رآه في يده ان يشهد له بالملك ك (قوله لا يملك مثل ذلك ككثرة مثلا في يد فقير لا يملك شيئا او رأى

﴿ ٣٧٢ ﴾

كتابا في يد جاهل ولم يكن في آباءه من هو اهل لذلك فيظن كل واحد انه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه افضل ك (قوله وان كان النى اتاه الخ اى اذا اتى عبدا وجارية بجارية فاراد بيع الجارية فلا يشتري حتى يسأل الخ عن (قوله لم يشتريها اى لم يعرض لشيء منه وجود المانع للملك وهو الرق وهو معنى قوله لقيام العاجر بالراء المهمة لان الرق حاجر عن التصرف اى مانع عنه فما لم يوجد نوع دليل لم يعجل بمجرد اليد عن (قوله ولو ان امرأة الخ هذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله واذا باع المسلم خمرا من مسائل كتاب الاستحسان ذكرها ههنا تفريعا على مسئلة الجامع الصغير عن (قوله فلا باس الخ لان القاطع اذا كان طاريا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام رأى المخبر ع (قوله ثم تنزوج هذا في الاخبار واما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة لانه قضاء على الغائب ك (قوله لان القاطع اى قاطع النكاح طارعا على النكاح السابق ويمكن الجمع بينهما ولا منازع فيجمع العمل به اعظم (قوله فلا باس الخ اى اذا كانت ثقة او وقع في قلبه انها صادقة كنى

وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأى لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك لم يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان ينتزه ومع ذلك لو اشترها برجى ان يكون في سعة من ذلك لاهتماده الدليل الشرعى وان كان النى اتاه بها عبدا اوامة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها غيره فان اخبره ان مولاه اذنه وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاضر فلا بد من دليل قال (ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها اثلاثا او كان غير ثقة وآتاه بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كناه ام لا الا ان اكبر رأيا انه حق) يعنى بعد التحرى (فلا باس بان تعتد ثم تنزوج) لان القاطع طارىء ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزواج آخر ودخل بي ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتنى لان القاطع طارىء ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاة لم يقبل قوله متى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساد فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت

يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام رأى المخبر ع (قوله ثم تنزوج هذا في الاخبار واما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة لانه قضاء على الغائب ك (قوله لان القاطع اى قاطع النكاح طارعا على النكاح السابق ويمكن الجمع بينهما ولا منازع فيجمع العمل به اعظم (قوله فلا باس الخ اى اذا كانت ثقة او وقع في قلبه انها صادقة كنى

(قوله) فلم يثبت المنازع الخ اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان ملك الزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه ع (قوله) يدور الفرق وهو ان المفسد اذا كان طاريا يثبت بخبر الواحد العدل وان كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان كـ

٣٧٣

من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدم الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وهى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لاتعبر عن نفسها في يد رجل يدعى انها فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان ينزوجهما لتعقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خمر او اخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق ان البيع في الوجه الاول قسبط لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يجعل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق النسي فله البائع فيجعل الاخذه منه قال (ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضرب الاحتكار باهله وكذلك التلقى فاما اذا كان لا يضرب فلا بأس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضربهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضربان كان المصير كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقى على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقى على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالمنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهب او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو الموثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتعقق الضرر ثم قيل هي مقسمة باربعين يسوم القول النبي عليه السلام

خارج البلد وهو يريد حبسها وممنوع عن بيعها ولم يترك حتى يدخل القافلة البلد كفى (قوله) الجالب الخ قال الفقيه ابو الليث ارادها الجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه الى بلد فيبيعه وهو مرزوق لان الناس ينتفعون به فينالهم بركة دعاء المسلمين والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضرب بالناس عنى (قوله) ملعون قيل اللعن على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة البرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا لان عند اهل السنة المؤمن لا يخرج من الايمان بارتكاب كبيرة كـ

(قوله وقيل بالشهر اى قال بعض مشائخنا هو مقدرة بشهر ولم يجعل التقدير فى الحديث لازما لان المعنى فى المنع من الاحتكار هو الضرر والضرر يلحق فى كثير المدة دون قليلها وما دون الشهر قليل ولهذا سقط الصوم بالجنون شهر بخلاف مادونه وكذا اذا جن الوكيل او الموكل جنونا مطبقا بطلت الوكالة احده شهر عند ابي يوسف ولو قل لا قضين دينه عن قريب فهو على ما دون الشهر لان الشهر وما زاد عليه بعيد ولهذا كان الشهر

﴿ ٣٧٤ ﴾

ادنى الاجل فى السلم ومادونه فى حكم الحال عن (قوله ويقع التفاوت الخ اراد ان اثم من يتربص القحط اعظم من اثم من يتربص عزة الطعام وهى الغلاء عيسى (قوله المدة للمعاقبة الخ يعنى ضرب المدة لاجل المعاقبة فى الدنيا يعنى يهود الامام المعتكر عيسى (قوله غير محمودة هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو محمود لان الكاسب صديق لله ك (قوله لقرأه عليه السلام لاتسعدوا الخ اخرجه ابوداود والترمذى فى البيوع وابن ماجه فى التجارات عن انس قال قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسرعلنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله هو المسعر القابض الباسط السرازق وانى لارجوان القى الله وليس احد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال ت (قوله على مانبين والبيان

من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برى من الله وبرى الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير اجل وقصر فى غير موضع ويقع التفاوت فى المائم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة فى الدنيا اما ياتم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة فى الطعام غير محمودة (قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمعتكر) اما الاول فلانه خالص حق لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثانى فالمعتكر قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع فى المصر او جلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحول منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لاتسعدوا فان الله هو المسعر القابض الباسط السرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانبين واذا رفع الى القاضى هذا الامر بالمعتكر يبيع ما فضل عن قوته وقوت اهلها على اعتبار السعة فى ذلك وينهاه من الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعززه على ما يرى زجره ودفعه للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتكسبون ويتعمدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسخير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأى والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعمد رجل عن ذلك وباع يكثر منه اجازة القاضى وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا ترى الحجر على الحجر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيا منهم ومن باع منهم بما قدره الامام مع لانه

(غير

فى قوله ويتعمدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا نصف ما يبيع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين ك (قوله مرة اخرى وفى الجامع الصغير فان رفع اليه مرة اخرى وهظه وحده فان رفع اليه مرة ثالثة فجع حبسه ك (قوله تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفع الضرر عن المسلمين ع

(قوله على الاختلاف يعنى ان فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يبيع على مذهب ابي حنيفة ويبيع على مذهبهم كما في بيع مال المديون الفلس اذا امتنع عن البيع وقيل يبيع بالاتفاق عن (قوله لان المعصية الخ) وروان بيع العصير فمن يتخذ خمرا يبيع الحدي من اهل الفتنة فكلاهما لا يكره وروان بيع السلاح من اهل الفتنة يبيع الحمر لان الفساد يقع بعين المبيع ولكن بيع الحمر بعينه لا يجوز اصلا لانها ليست بمنقومة في حق المسلم وبيع السلاح منهم يجوز ويكره ٣٧٥ لان السلاح مال منقوم والكراهة للمعصية المجاورة عن (قوله

غير مكره على البيع وهل يبيع القاضى على المحتكر طعاه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذى عرفت في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة) معناه من يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمل في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير من يعلم انه يتخذ خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعه او يباع فيه الحمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند ابي حنيفة وقال لا ينبغي ان يكره لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الحمر والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل النمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال (ومن حمل لثمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الحمر عشرة حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرور بقصد المعصية قال (ولا بأس ببيع بناء ببيت مكة ويكره بيع ارضها) وهذا عند ابي حنيفة وقال لا بأس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام

والبيع وغو ذلك استغفاني بالمسلمين بخلاف السواد عن (قوله وهو الاصح وهو اختيار شمس الاثمة السرخسى وفخر الاسلام على البزدوى وعند البقل لا يمنعون عن ذلك في السواد عن (قوله لعن الخ اغرمه ابو داود في سننه عن ابن عمر رض يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله الحمر وشاربها وساقها وبائعها ومبتاعها وعامرها وآكل ثمنها ومعتصرها وحاملها والمعمولة اليه انتهى

(قوله الا ان مكة الخ روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن مجاهد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة مكرهة
حرمة الله لا يجعل بيع رباها ولا اجارة بيوتها انتهى ت (قوله رباها الرباع جمع ربع وهو الدار يعينها من
كانت والمجلة والمنزل كذا في القاموس نت (قوله لانه خالص ملك الباني الا ترى انه لو بنى في السقاية
ادق الوقى صار البناء ملكا له وجاز بيعه زيلعي (قوله ملك الباني قال ابن الجوزي في التعتيق ببيع رباها
مكة مبنى على انها ان فذمت عنوة فتكون وقفا على المسلمين ﴿ ٣٧٦ ﴾ فلا يجوز بيعها وان فذمت

صلحافى باقية على اهلها
فيجوز انتهى ت (قوله
ويكره اجارتها الخ وروى
هشام عن ابي يوسف من
ابي حنيفة انه كره اجارة
بيوت مكة في الموسم ورفض
في غير الموسم لان اهل
الموسم لهم ضرورة الى
النزول والقيم لضرورة
له الى النزول عن (قوله
من آجر الخ قلت غريب
من هذا اللفظ وروى
محمد بن الحسن في كتاب
الاثر عن عبد الله بن عمر
وعن النبي صلى الله عليه
وسلم قال من اكل
من اجور بيوت مكة فاما
ياكل نارا انتهى ت (قوله
تسمى السواحب قلت رواه
ابن ماجه في سننه في الحج
عن علقمة قال تو في رسول الله
صلى الله عليه وسلم وابو
بكر وهموما يدعى رباها
مكة الا السواحب من احتاج
سكن ومن استغنى اسكن
انتهى ت (قوله ومن وضع
الخ معنى المسئلة ان
رجلا فقيرا له درهم يخاف

لو كان في يده يهلك او يصرف الى حاجة لكن حاجته الى المعاملة مع البقال امس من غيرها كما
في شري التوابل والملح والتكزيرة وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنع له من الحاجة كل ساعة فيعطى
الدرهم البقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه ما ذكرنا بحسابه جزأ فجزأ حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا
الفعل منه مكروه الان حاصل هذا الفعل راجع الى ان يكون قرضافيه جر نفع وهو مكروه ك

(قوله) ولا بأس باغصاء الخ هذا لفظ القنوري يقال غصاه يغصيه غصاء بالكسر والمك من باب غصاه يغصيه اذ انزع خصيته وهو المشهور عند اهل اللغة وقد وردت الرواية في كتب محمد والطحاوي بلفظ الاغصاء ايضا من المنشعبة عن (قوله) منقعة البهيمة فان فيه سمنا ويطيب به له ما وقد روى ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعى بكبشين املعين مروجين وهما المروض غصاهما مل (قوله) اليهودي الخ ونص محمد في المجوس على انه لا بأس بعبادته ولكن

٣٧٧

المشايع اغتلفوا فيه منهم من قال لا بأس به لانهم من اهل الذمة كاليهود والنصارى وقال بعضهم لا يجوز لان المجوس ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا ترى انه لا يجوز ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عباد الفاسق ايضا والاصح انه لا بأس به لانه مسلم والعبادة من حقوق المسلمين كن اقال فخر العيين قاضيغان في شرح الجامع الصغير عن (قوله) لانه من القعود فلا يشك كراهيته لانه وصف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول الجمة وهو قول باطل عن (قوله) لانه يوهم الخ فينتوهم ان عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفة القديمة لم يزل موصوفاه ولا يزال موصوفاه كفى (قوله) بحق فلان الخ ولو قال رجل لغيره بحق الله او بالله ان يفعل كذا لا يجب

قال (ولا بأس بغصاء البهائم وانزاع الحمير على الخيل) لان في الاول منقعة للبهيمة والناس وقد صرح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابها قال (ولا بأس بعبادة اليهودي والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صرح ان النبي عليه السلام عادي يهوديا مرض بجزاره قال (ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسالك بمعقد العزم عرشك) وللمسئلة عبارتان هذه ومعقد العزم ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وهن ابي يوسف انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العزم عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجمدك الاعلى وكلمة ائمة التامة ولكننا نقول هنا خبر الواحد وكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لاحق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فليس حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفروسه ومناضله من قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشخيص الخواطر وتنكية الافهام وهو محسوس من الشافعي ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنرد شير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نزع لعب بصحن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حرام لقوله عليه السلام ما الهالك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لاتصطلح لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد النسليم عليهم تعذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد الفاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والنفائير) وهذا

على ذلك الغير ان يأتي بذلك الفعل شرها وان كان الاولى ان يأتي به كفى (قوله) ولنا قوله الخ وروى عن ابن ابي طالب رضي الله عنه انه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذا التماثيل التي انتم لها عاكفون وروى مثل هذا عن عمر ايضا حين مر بقوم يلعبون بالشطرنج وقد شبهه بهم لم يعمل عبادة الاوثان من

(قوله ليس من اهل له لقوله تعالى مهذا مملوكا لا يقدر على شئ لان ما في يده مملوك للمولى فلا يملك التصرف
الا بقدر ملكه وانه ملك التجارة دون التبرعات مل (قوله وقيل هدية بريرة الخ بريرة كانت مكاتبة كبنى هلال
واستعانت في كتابتها من هاشمة فقالت عائشة ان شاء اهلك اشتريتك منهم واعتقك والولاء
فقالوا لا فرضي الا ان يكون الولاء لنا فذكرت ذلك لرسول الله عليه وسلم فقال الولاء لمن اعتق فاعتبرت
واعتقت فكان الناس يتصدقون

﴿ ٣٧٨ ﴾

عليها وهي تهدي لعائشة
وغيرها ودخل عليها رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقدمت
اليه رطباً والقدر تغلى
من اللحم فقال لم تجعلى لنا
نصيباً من اللحم فقالت هو
لحم تصدق على فقال لك
صدقة ولنا هدية وروى
حديث بريرة البخاري ومسلم
وابوداود والنسائي والترمذي
وابن ماجه كلهم عن عائشة
رض والفاظهم متقاربة وقال
الزيلعي لم اجسد في شئ
من طرق الحديث ان الهدية
وقعت حين كانت مكاتبة
ولكن روى عبد الرزاق
في مصنفه في الطلاق عن عروة
انها ابتاعها مكاتبة على
ثمانية اواق ولم تعظم
كتابتها شيئاً انتهى مولوى
محمد عبد الحليم (قوله
واجاب الخ قلت غريب
وفيه حديث مرفوع اخرجه
الترمذي وابن ماجه عن
انس بن مالك قال كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعود المريض ويتبع الجنابة

استحسن وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهل وجه
الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبداً
وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رطب من الصحابة
رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبداً ولان في هذه الاشياء
ضرورة لا يجحد التاجر بدمائها ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته
ولا ضرورة في الكسوة واهدا المراهم فبقى على اصل القياس قال (ومن كان
في يده لقيط لا ابله فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) واصل هذا
ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه
الامن هو مولى كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي
قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو
شراء مالا بد للصغير منه وببعضه واجارة الاطوار ذلك جائز من يعوله
وينفق عليه كالاخ والعم والام والمملوك اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء
هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه
المملوك والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان الاتفاق بالحكمة ففتح
باب مثله نظر للصبي فيملك بالعقل والولاية والمجهر وصار بمنزلة الاتفاق
قال (ولا يجوز للمملوك ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنتها اذا كان في حجرها
ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعها باستخدامه ولا كذلك المملوك والعلم
(ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشرب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان
عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المجبور يواجر نفسه
وقد ذكرناه قال (وبكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الرابة) ويرى
الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين
الظلمة لانه عقوبة اهل النار فكبره كالا حراق بالنار ولا يكره
ان يقيمه لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل المعارة فلا يكره في العبد
تحرراً عن اباقة وصيانة لماله قال (ولا لباس بالمقنعة) ويرى

ويجب دعوة المملوك ت (قوله ففتح باب الخ اي لانه لما كان نفعاً محضاً كان تحقق معناه في فتح (به)
باب الاصابة من كل وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن جهة العقل والتمييز لان العالي كلها موجودة
وليس في ذلك مدافعة الحكم عن (قوله لا يجوز ذلك لان عقد الصبي انما يصح فيما هو نفع محض وليس
في لزوم العقد منفعة خالصة لانه مشوب بالضرر عن

(قوله مباح الخ والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بعز النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير مرد ذكره فخر الاسلام ع (قوله باباحته الحديث قلت يشير الى حديث تداوا واخرجه اصحاب السنن الاربعة عن اسامة قال قالوا يا رسول الله انت تداوى فقال تداوا فان الله عز وجل لم يضع له داء الا وضع له دواء غير السم والهرم ت (قوله

﴿ ٣٧٩ ﴾

الا انه لا ينبغي الخ في التهذيب يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاؤه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاؤه به فيه وجهان ك (قوله لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في دواء عرف له دواء آخر غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن المحرم ويجوز ان يقال يكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالمحرم وانما يكون بالحلال ع (قوله بعث عتاب الخ قال الزبلى انه روى الحاكم في المستدرک في كتاب الغضا ان الله استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد

به التداوى لان التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام (قال ولا بأس برزق القاضى) لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فنكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذا الغضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضى اذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض الغضاء الا به اذا الاشتغال بالكسب يقعه عن اقامته وان كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل رقة اببيت المال وقيل الاخذ وهو الامع صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زماننا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج غراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال (ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم) لان الاجانب في حق الامام فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المعارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات

(قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما شبه ذلك مما يمنع الزراعة) سى بذلك لبطلان الانتفاع به (قال فما كان منها عاديا لا

على مكة وتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عامل عليها وقد ورد في الاحاديث ان النبي عليه السلام بعث عليا الى اليمن ولم يذكر في شىء من الاحاديث انه عليه السلام فرض مواتا او عليا فتأمل مل (قوله كافى الوصى فانه يحبس نفسه لاجل العمل لليتيم فنفقته في ماله قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستغنى ومن كان فقيرا فليأكل كل بالمعروف وفي صحيح البخارى قالت عائشة يأكل الوصى بقدر سمائه كذا قال الزبلى مل

(قوله) او كان مملوكا الخ هذا قال بعض المشائخ وقال بعضهم الاراضى المملوكة فهى كاللفظة ع (قوله) بحيث اذا وقف الخ فى النصفية الفاصل بين القريب والبعيد مروى عن ابى يوسف قال يقوم رجل بجهورى الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال وينادى باعلى صوته فأتى الموضع الذى لا يسمع صوته فيه يكون بعيدا كـ (قوله) لا يسمع الصوت وان كان يسمع فلا لانه فناء العامر فينتفعون به لانه يعنجون اليه لرعى مواشيهم

٣٨٠

ولم يرح حصانهم فلم يكن انتفاعهم منقطعاً عنه ظاهراً فلا يكون مواتاً بل يسمع (قوله) ما قدم غرابه ولا يعرف له مالك لان يكون منسوباً الى عاقلان جميع ارض الموات لم يكن لعاد وانما كنى بذلك عن القديم لان عاقلان فى قديم الايام عن (قوله) لتكون اى الارض مينة مطلقاً لان النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة على الاطلاق ومطلق الاسم ابداً ينصرف الى الكامل والكامل من المسمى ان لا يكون الارض مملوكاً لاحد فان كان مملوكاً لمسلم او ذمى وصار غراباً وانقطع عنها الماء وارتفاق الناس بها من حيث المرضى والاحتطاب فانه لا يكون مينة حتى لا تملك باذن الامام هتتم جميعاً لان ما كان مملوكاً لمسلم او ذمى لا يزول الملك عنها بخراب وبانقطاع الماء عنها والمراقف بل تصير لوارثه ان عرفت وان لم يعرف برثه جماعة المسلمين فيكون مملوكاً والمينة لا تكون مملوكة لاحد ولهذا اقتضى اطلاق اسم الميتة ان لا يكون مملوكاً لمسلم ولا لئى

مالك له او كان مملوكاً فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فهو موات قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى ومعنى العادى ما قدم غرابه والمروى عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكاً لمسلم او ذمى مع انقطاع الارتفاق بها لتكون مينة مطلقاً فاما التى هى مملوكة لمسلم او ذمى لا تكون مواتاً اذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق اهله عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريباً من القرية كذا ذكره الامام المعروف بغواهر زده وشمس الائمة السرخسى اعتمد على ما اختار ابو يوسف (ثم من احياء باذن الامام ملكه وان احياءه بغير اذنه لم يملكه عند ابى حنيفة وقال لا يملكه) لقوله عليه السلام من احيى ارضاً مينة فهى له ولانه مال مباح سبقت به اليه فيملكه كما فى الحطب والعبد ولا بى حنيفة قوله عليه السلام ليس للممر الا ما طابت به نفس امامه وما روى يعتمل انه اذن لقوم لانتصب لشرع ولانه مغنوم لو صوله الى يد المسلمين بايحاء الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كفى سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابقاءه وتوظيفه الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياءها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلاها لا رقبتهما فاذا تركها كان الثانى احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالا حياء على ما نطق به الحديث اذا لاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضاً مينة ثم احاط الاحياء بجواربها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول فى الارض

مملوكة لاحد ولهذا اقتضى اطلاق اسم الميتة ان لا يكون مملوكاً لمسلم ولا لئى (الرابعة) يكن الارض مملوكاً لمسلم ولا لئى وانقطع عنها مراقف الناس الا ان الماء لا ينقطع عنها لا تكون مينة واذا انقطع عنها الماء ولم تكن مملوكة لاحد الا انه لا ينقطع مراقف الناس منها بان كان ينفع بها اهل مصر او قرية لا يكون مينة لهذا عن (قوله) ولانه اى ولان الموات مغنوم لانه كان فى ايدي المشركين ثم صار فى ايدي المسلمين بايحاء الخ عينى

(قوله) لتعينها لطرقه الخ لانه حين سكنت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا فاذ
 امهه الرابع فقد احبى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق ك (قوله) او يعلمونه اي او يعلمون
 الموت بشي آخر سوى الاحجار يمنع غيرهم عن احيائه ك (قوله) فقد رناه الخ فيجعل له من المدة
 للرجوع الى وطنه سنة لان دار الاسلام من ادناها الى اقصاها يقطع في سنة فلعلة انما تجر في اقصى طريق
 دار الاسلام وبلده في الطريق

٣٨١

الرابعة لتعينها لطرقه وقصد الرابع ابطال محقه قال (ويده لك التذيى بالاحياء
 كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الان عند ابي حنيفة اذن الامام من
 شرطه فيستويان فيه كافي سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال
 ومن حجر ارض ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره
 لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث
 العشر والحراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلاً للمقصود ولان
 التججير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتججير
 الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه
 لحجر غيرهم عن احيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
 ترك ثلاث سنين لقول عمر ليس للتججير بعد ثلاث سنين حق ولانه
 اذا علمه لابد من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمان يهيئ امره
 فيه ثم زمان يرجع الى ما يجيره فقد رناه بثلاث سنين لان مادونهما من
 الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها
 فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احيها غيره قبل مضي
 هذه المدة ملكها لتتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيلاء فانه
 يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التججير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها
 اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصصا فيها
 من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم
 السنة ليمتنع الناس من الدخول او حفر من بشر ذراعا او ذراعين وفي
 الاخير ورد الخبر ولو كبرها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما
 يكون تججير او لو حفر انهارها ولم يسقاها يكون تججير وان كان سقاها
 مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او حدها بحيث
 يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء هكذا اذا بنى بها قال
 (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
 لمصائدهم) لتتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة هلى ما بيناه

الاخر من دار الاسلام
 ولا صلاح امره سنة وللرجوع
 الى ذلك سنة فلا ينبغي
 ان يشتغل احياء ذلك الموضع
 غيره الى ثلاث سنين ولكن
 ينظره ليرجع وبعد مضي
 المدة الظاهر انه قد بدله
 وانه لا يريد الرجوع
 اليها فيجوز لغيره احياءها
 كقوله على ما بيناه
 اشارة الى ما ذكره فيما مر
 بقوله والعبد عن القرية
 على ما قاله شرطه ابو يوسف
 لان الظاهر ان ما يكون
 قريبا من القرية لا ينقطع
 ارتفاق اهلها عنه فيدار
 الحكم عليه ومحمد اعتبر
 ارتفاق اهل القرية عنها
 حقيقة وان كان قريبا من
 القرية نت (قوله) تطرق
 بفتح اول وثاني وضم راء
 مهملة مشددة راء كردد
 وراه يافتن غث اقول
 لا يتم هذا التعليل لانه
 اقتضاء ان يأخذه الامام
 ويدفعها الى الغير بعد
 الاحياء ايضا اذا لم يزرعها
 ثلاث سنين تحصيلاً لمنفعة
 المسلمين من حيث العشر

والخراج نت (قوله) تسنيم خرشته وكوهان دار كردان جيزى رافى منتهى الارب سنم القبر خرشته
 كرد قبر را خلاف تسطيع قوله الحصيد جمع حصيد وحصيفة وهي الزرع المحصود ومطرح الحصيد
 هو الموضع الذي يلتقى فيه الزرع المحصود للكس عن

(قوله وعلى هذا الخ استدلال بان ما افتقر اليه الناس كالملح والآبار التي يسقى الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالاقطاع من احد فكذلك لا يجوز احياء ما يتعلق به حق العامة كما في النهر والطريق كـ (قوله لا يجوز الخ اي ليس للامام ان يقطع ما لاغنى للمسلمين عنه يعني اذا كانت اجرة او غنيضة او غير ذلك يشربون منه او مملحة لاهل البلدة فليس للامام ان يقطع ذلك لاحد يقال اقطعة السلطان ارضا كذا الى اعطاهما ليعبيها من (قوله

﴿ ٣٨٢ ﴾

لان حفر البئر احياء لانه يصير منتفعا به فاذا كان احياء فقتل ملكها ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته والحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه هيئى (قوله فان كانت للعتن الخ وهي التي ينزح الماء منها باليد والعتن مناخ الابل ومبركها حول الماء وبئر الناضح هي التي ينزح الماء منها بالبعير والناضح هو البعير كذا في الكفاية وفي شرح الوقاية بئر العطن البئر التي يناع الابل حولها ويسقى وبئر الناضح البئر التي يستخرج ماؤها بالبعير ونحوه مل (قوله ولان القياس الخ مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص

فلا يكون موثقا للعتن حقهم به اية نزلة الطريق والنهر وعلى هذا فالامام لا يجوز للامام ان يقطع ما لاغنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقى الناس منها لما ذكرنا قال (ومن مفر بئر في بركة فله حريمها) ومعناه اذا حفر ارض موات باذن الامام عنه او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعتن فحريمها اربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئر فله ما حولها اربعون ذراعا عطنها ما شئته ثم قبل اربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندنا في حنيفة اربعون ذراعا لما قوله عليه السلام حريم العين خمس مائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقت يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت به ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابي استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه المحققان تركناه وفيما تعارضاه فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستنوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدبر البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مائة قال (وان كانت عينها فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مائة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن موضع يجري فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلها يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقبيلناه من قبل بل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلاية بها وفي اراضيها رخوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (فمن اراد ان يحفر

المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر تساقطا فيما تعارضا فيه وهو وراء الاربعين حفظنا القياس فيه نـ (قوله وفيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين لان العام ينفى الخاص بثبته وانما قلنا ذلك لان للعام موجبين احدهما ان يكون الحريم اربعين والثاني ان لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة من وهي للتبعض والتمييز يمتنع عليه الزيادة كـ

(قوله في حرهما اي في حريم العين التي احيها الاول اوفي حريم البئر التي احيها منع الثاني منه لانه
رهبان يذهب ماء البئر الاولى او ينقص ففي الاول فوات حقه وفي الثاني الاخلال بحقه وكلاهما لا يجوز لان فيه
ضررا به عن (قوله ان يصلحه ويكبسه من باب اعجبني زيد وكرمه فيكون العطف للتفسير فان اصلاح
بالكس ع (قوله ان ياخذ به كبسه اي يامر الثاني بكبس البئر التي حفرها عيني (قوله كما اذا همم
الخ حيث يضمنه نقصان

﴿ ٣٨٣ ﴾

الهمم ثم يبينه بنفسه ع
(قوله طريق معرفة
النقصان وهو ان يقوم
الاولى قيل حفر الثانية
وبعده فيضمن النقصان
بينهما ع (قوله وما عطب
الخ اي لاضمان فيما عطب
من البئر الاولى سواء
احياها باذن الامام او بغير
اذنه جميعا وهذا لا يشك
على قولهما لان له ان يحفره
بدون اذن الامام ولهذا
يملك البئر في الحالتين
فاذا كان له ولاية الحفر
لا يكون متعديا فلا
يضمن ما تولى من حفره
كما لو حفره في داره وكذلك
لا اشكال على قول ابي
حنيفة ان كان حفره باذن
الامام فاما اذا كان حفرها
بلاذن الامام بقى اشكال
على قوله وحله ان يقال له
ولاية التعجير بلا اذن
الامام وان لم يكن له
الاحياء بغير اذنه فيجعل
حفره بغيره اذن الامام
تعجير الا احياء فاذا كان

في حرهما منع منه) كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر
ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه
فان احتقر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرها ولو
اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان ياخذ به كبسه لان ازالة جناية حفره به كما
في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يوغد برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم
يكبسه بنفسه كما اذا همم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي
للخصان وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه
لانه غير متعدي ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما
والعذر لابي حنيفة انه يجعل في الحفر تعجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام
وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعدي فيه
حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء
البئر الاولى لاشي عليه لانه غير متعدي في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب
الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه (والقناة لها حريم
لا بقدر ما يصلحها) وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو
عندهما وعند لا حريم لها مالم يظهر الماء على الارض لانه نهر في
التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو
بمنزلة عين فوارفة فيحرم حريمه بخمسائة ذراع (والشجرة تغرس في ارض
موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حریمها)
لانه يحتاج الى حريم له يحيط فيه ثمرة ويضعه فيه وهو مقدر
بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وماترك الفرات اوالدجلة
وعمل هذه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياءه) الحاجة العامة الى
كونه نهرا (وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالأبواب اذا لم يكن حريما العامر)
لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام
قال (ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة)

فذلك فقد فعل ماله فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن عن (قوله انه يجعل الخ يعني يجعل الحفر
النام بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بئرا نحو ذراع باذنه وثم يكون ذلك تعجيرا ولم يثبت له
الملك بذلك القدر فكذلك الحفر النام بدون اذن الامام لان في الحفر النام وان وجدت العلة
لكن الشرط وهو اذن الامام لم يوجد فلم يعمل العلة عملها فلا يثبت الملك فيبقى تعجيرا
وبالتعجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق ك

(قوله الان يقيم الخ قال في شرح الطحاوي ولوان نهر الرجل وارضاهلى شط النهر لرجل آخر فتنافرا
 في السنة فان كان بين الارضين وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان السنة اصاب النهر بالاجماع وان
 لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة هي اصاب الارض وصاب النهر فيها حق تعميل الماء حتى ان صاحب
 الارض اذا اراد رفعها كان لصاحب النهر منه من ذلك وصاب الارض ان يغرس فيها لان الملك له وليس
 لصاحب النهر منه من ذلك وقال صاحباه السنة

٣٨٤

ملك لصاحب النهر وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب انما يظهر ثمرة الخلاف في ان الغرس والزراعة لمن يكون فعلى قول ابي حنيفة لرب الارض وعلى قولهما لصاحب النهر عن (قوله وقال له الخ ذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كرية في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كرية في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه ع (قوله وعندهما يستحقه فيثبت له الحريم كالبيئر ثم لم يذكر قدر الحريم على قوله في الاصل بل قاله من الحريم قدر ما لا يستغنى عنه النهر وكذلك لم يذكر في الجامع الصغير ايضا وقال خواهر زاده في مبسوطه قالوا قد ذكر في النوادر في تقدير

الان يقيم بيعة على ذلك وقاله سنة النهر بمشى عليها وباقى عليها طينة قبل هذه المسئلة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم هناك وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لما جاز الى المشى لتسييل الماء ولا يمكن المشى عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا يخرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبيئر وله ان القياس ياباه على ما ذكرناه في البيئر عرفناه بالاندر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البيئر الا بالاستقامة والاستقامة لا بالحريم فتعذر الالتاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا بتبع النهر والقول لصاحب اليد بعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما تذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدعة فلها ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض من حيث صلاحيته للغرس بالارض صورة ومعنى اما صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يدهما والاصرار الاخر معلق على باب احتجما مصرع للفدى في يدهما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاه ترك ولا نزاع فيما به استمسك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والباقي من نقضه تعلق حق صاحب النهر لملكه كالحائط لوجبه والآخر عليه جندوع لا يمكن من نقضه وان كان ملكه (وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه سنة والآخر خلف السنة ارض تلتزقها) وليست السنة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالوا هي لصاحب النهر حريه الملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست السنة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ

الحريم خلاف بينهما فعلى قول محمد يوسع بطن النهر ثم يجعل من كل جانب نصف بطن ارض النهر وقال ابو يوسف من كل جانب مقدار بطن النهر وذكر ابو الليث الخلاف بخلاف هذا عن (قوله لا ينتفع الخ لان قوام النهر بالمحافتين وصاحب النهر لا يستمسك الماء الا بهما فكان هو المستعمل لهما فكان اولى عن (قوله حاجته الخ اى صاحب نهر محتاج

(قوله موضع الخلاف وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لافاصل بينهما وان لا يكون مشغولا بغث
المنع كفى) قوله فهو من مواضع الخ فعنده الاشجار لرب الارض وعند همارب النهر كفى
(قوله ان ولاية الخ فانه لمالم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرف النهر لصاحب الارض
والصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده
ولصاحب النهر عندهما ادلاشك ٣٨٥

ان ولاية الغرس في موضع
امن يستحق ذلك الموضع
نت (قوله ان لصاحب
الخ فالحريم لايهما كان
لا يمنع الآخر من الانتفاع به
على وجه لا يبطل حق
مالكه كالمروور والقائم الطين
ولا يغرس الا المالك لانه
يبطل حقه زيلعى (قوله
آخذ الخ اى آخذ بالقولين
جميعا آخذ بقول ابي حنيفة
في ان المالك لصاحب
الارض و آخذ بقولهما
في ان لصاحب النهر القائم
طينه على الحافقين ولصاحب
الارض ان يغرس ما لا يمنع
القائم الطين على الحافقين
كذا ذكر الفقيه ابو الليث
عن (قوله الشرب
في المغرب الشرب بالكسر
النصيب من الماء وفي
الشريعة عبارة عن نوبة
الانتفاع بالماء سقي للمزارع
والدواب قال الامام نعم
الدين وبضم الشين فعل
الشارب وهو المصدر من

موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه
صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف
ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما
لصاحب النهر واما القائم الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان
لصاحب النهر ذلك مالم يفتش واما المروور فقد قيل يمنع صاحب النهر
عنه وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس
ويقولهما في القائم الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف
النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس
فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه (واذا كان لرجل نهر اديرا وقناة فليس له ان يمنع شيئا من
الشقة والشقة الشرب لبنى آدم والبهائم) اعلم ان المياه انواع منها
ماء البحار وكل واحد من الناس فيها حق الشقة وسقى الاراضى حتى
ان من اراد ان يكرى نهر امنها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء
البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اى
وجه شاء والثاني ماء الادوية العظام كجيجون وسيجون ودجلة والغرات
للناس فيه حق الشقة على الاطلاق وحق سقى الاراضى فان احبى
واحدا رضاء مينة وكرى منه نهر اليسقيها ان كان لا يضر بالعمامة
ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع
قهر غيره وان كان يضر بالعمامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم
واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت صفته
فيفرق القرى والاراضى وعلى هذا نصب الرضى عليه لان شق النهر
للرضى كشقه للمسقى به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فتحق الشقة
ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء
والكلام والنار وانه ينظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي
الثاني وهو الشقة ولان البئر ونحوها موضع للاحراز ولا يملك المباح
بدونه كالظبي اذا تكس في ارضه ولان في ابقاء الشقة ضرورة

(جلد الثاني) (الهداية مع السكافيه) ٢٥

ايضا ويكون جميع شارب ايضا كالمصاحب والصعب منافع (قوله كالانتفاع بالخ لان هذا الماء
ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر احد لان قهر الماء يمنع قهره ك
(قوله يدفع قهر الخ فلا يكون محسوزا والمالك بالامزار واذالم يكن مملوكا لاحد كان
لكل احد ان ينتفع به زيلعى

(قوله لان الانسان الخ يعنى ان الانسان قد يحتاج الى المشقة في الجهاد والمج والنجارة ولا يمكنه ان يعمل مع نفسه ما يحتاج اليه لنفسه وادوايه كما يمكنه حمل الطعام مع نفسه فلولم يثبت له حق الشقة من كل ما يرد عليه انقطع الاسفار وتعطل الحج والجهاد وهذا لا وجه له عن (قوله لم تقطع به الخ فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع الحارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ماء في الارض جميعا فلتسكنوا مقابلة الجمع بالجمع تقتضى

٣٨٦

انقسام الامداد على الآحاد في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله اعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لاكل الاشياء وفيما نحن فيه اثبت الحديث الشريفة للناس عاما تاج الشريعة (قوله يقال انخ لان له حق الشقة في الماء الذى في حوضه الحاجة كـ (قوله ولو منعه الخ اى لو منعه صاحب النهر والعين او الحوض او البئر الذى في ملكه عن الدخول فيه وهو يغنى العطش يقاتل بالسلاح اذالم يجد ماء آخر في قريب منه لان الماء في النهر والعين لم يصر ملكا لملكها لانه لم يوجد منه احراز فبقى مشترك بين الناس فاذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه ومن منع حقا مستحقا لغيره كان

لان الانسان لا يمكنه استصعاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افض الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقى بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعه عنه اضربهم او لم يضرب لان حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابعنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المعزز في الاداى انه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع به ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجله ان يمنع من يريد الشقة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يتجديف لاصحاب النهر اما ان تعطيه الشقة او تتركه ياخذ به بنفسه بشرط ان لا يكسر ضففته وهذا مروى عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتقر في ارض مملوكة له اما اذا احتقرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والمحرر لاهياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشقة ولو منعه عن ذلك وهو يغنى على نفسه او غيره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشقة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المعزز في الاناوميت يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المغصمة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بغيره لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشقة اذا كان باقى على الماء كله بان كان جديلا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قليل لا يمنع منه لان الابل لاتردها في كل وقت فصار كالامياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاير والجماع تقويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يودى الى الحرج وهو فرع وان اراد ان يغنى

(شجرا)

لصاحب الحق ان يقاتل المانع له بالسلاح ليصل الى ماله كما لو منع طعاما مشتركا بينه وبين المالك كان له ان يقاتل المانع بالسلاح والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه من قتل دون ماله فهو شهيد عن (قوله الاولى ان الخ فيه اشارة الى ان يجهز ان يقاتله بسلاح حيث يولى الاولى ان لا يقاتله فيكون موافقا لما ذكره زيلعي

(قوله ذلك في الاصحاح احتراز من قول بعض المتأخريين من ائمة بلخ انهم قالوا ليس له ذلك الا بالذن
صاحب النهر) (قوله انقطعت الخ اي بالقسمه انقطعت الشركة في الشرب وانما بقيت في حق الشقة
لا غير هو باخذ الماء للشرب لا للشقة فليس له ذلك عن) (قوله فلا يمكنه الخ اي لا يمكن غير صاحب النهر
التسبيل في ذلك المسيل من) (قوله فصل في كرى الانهار لما ذكر مسائل الشرب شرع في كرى الانهار
لانه ربما يحتاج من له الشرب

٤٣٨٧

الى الكرى فشرع ببيان
ان مؤنة الكرى على من
يكون في النهر فبين انزاع
النهر اولاً ثم بين كربه
على ما يجب واخر هذا
الفصل لان وجوب الكرى
امر زائد اذ يوجد النهر
ولا يجب الكرى على
المنتفعين به كما في النهر
العام عن (قوله) ولم يدخل
ماء الخ اي لا يقسم ماؤه
ولا يمكن ذلك كجيجون
والغرات ونحوه فانه لا يمكن
قسمة مائه بان يكون يوماً
لقوم ويوماً لآخرين كـ
(قوله) وهو خاص تكلوا
في النهر الخاص قال بعضهم
ان كان النهر عشرة قماً
دونها او عليه قرية واحدة
يعنى ماء فيها فهو خاص
ليستحق به الشفعة وان كان
النهر لما فوق العشرة فهو
نهر عام وقال بعضهم ان كان
النهر لما دون الاربعين
فهو خاص وان كان لاربعين
فهو نهر عام وقال بعضهم
جعلوا الحد الفاصل في
المائة وبعضهم في الالف
وصح ما قيل فيه انه يفرض

شجرة او خضرا في داره مما لا يجبر اياه له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدماء وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئر وقناته الابادته نصا وله ان يمنعه من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك واعاره فلا بأس به لانه حقه فتجبر في فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه (فصل) في كرى الانهار قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماء في المقاسم بعد كالغرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماءه في القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماءه في القسمة وهو خاص والفصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كرية على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فنكون مؤنثة عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والمجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنواب فان لم يكن في بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كرية احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم ليعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنثة على المياسير الذين لا يطيقون بانفسهم واما الثاني فكرية على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخصوص ومن ابى منهم يجبر على كرية دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابل عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يخصصوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآبي والافلان به موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكرية على اهله لما بيننا ثم قبل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضارين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر

الى رأى السجناء حتى يغتار * ٢٥ من الاقارب اى قول شاء كندا فى فناوى قاضيان وقيل
الحاص ما لا يجرى فيه سفن وما يجرى فيه فهو عام وعن ابى يوسف الخاص ان يكون نهر ليسقى منه
قراخان او ثلثة وما وراء ذلك فهو عام كـ (قوله استحقاق الشفعة الخ الخاص من النهر ما لوبيعت ارض
على هذا النهر كان لجميع اهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى ان يذكر الحد الفاصل بين الشركة
العامة والخاصة فى الشفعة عن

(قوله بخلاف ما تقدم اى بخلاف الآتي في كرى النهر المملوك العام حيث يجبر الآتي على الكرى لان الضررين ما استويا بل ضرر الشكاه اكثر الضررين على ما بينا عن (قوله ولا يجبر على سوالدر بخانيز مجتمع است دو ضرر كه بكي ازان ضرر عام است وآن ضرر كسانيكه حق انها خوردر آب ست پس بايد كه جبر كرده شود بر آنكه ابا كند از كندن نهر خاص نيز به جهت دفع ضرر عام جواب جبر نيست

﴿ ٣٨٨ ﴾

بجهة حق خوردرن آب چنانچه اكر همه بازمانند جيز نمكيند حاكم بر آنها ترجمه (قوله كما اذا امتنعوا اى لو امتنعوا جميعا عن الكرى لا يجبرون على الكرى لحق اصحاب الشفعة عن (قوله مؤننه الخ وضع المسئلة في النهر الخاص وبيان ذلك ما قال في المتحفة ان النهر اذا كان بين عشرة اكل واحد منهم ارض فان الكرى من فوهة النهر الى ان يتجاوز شرب اولهم بينهم على عشرة ماسهم على كل واحد منهم العشر فاذا تجاوز شرب الاول خرج هو من الكرى ويكون الكرى على الباقيين تسعة اسهم فاذا تجاوز شرب الثاني سقط عنه النفقة ويكون الكرى على الباقيين على ثمانية اسهم وعلى هذا الترتيب وقال المؤنة بينهم على عشرة اسهم من اول النهر الى آخره عن (قوله لاحتياجه الى تسهيل الخ فانه اذا سد عليه فاض الماء على زرعه وافسد زرعه فحين ان كل واحد ينتفع

القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالاهي عليهم جميعا من اوله الى آخره يخص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عبارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيرة كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واقل فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤننه قيل له ان يفتح الماء ليس ارضه لانتها الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفعا لاختصاصه وليس على اهل الشفعة من الكرى شى لانهم لا يخصون ولانهم اتباع (فصل في الدعوى والاختلاف والنصر فيه) (ويصح دعوى الشرب بغير ارض استعسانا) لانه قد يملك بدون الارض اربا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجراء ماء فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجرا في هذا النهر يسرقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المص في نهر او على سطح او اليزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واخصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة

بالنهر من اوله الى آخره فلماذا يستوون في استحقاق الشفعة واذا استووا في الغنم وجب ان يستووا في الغنم (قوله ان المقصد من الكرى الخ يعنى ان الكرى انما يجب لسقى الارض الا ترى انه اذا كانت الارض يمكن سقيها بدون الكرى لا يجب الكرى والذي جاوز الكرى ارضه امكنه سقى ارضه ولم يبق له حاجة فلا يجب الكرى عليه بعد ذلك

(قوله فان كان الاعلى الخ قال في الاجناس قال ابو عمرو الطبرى وهو تلميذ محمد بن شعاع اراد
 عند هذا اذا كان نصيب صاحب اعلى النهر لا يكتفيه لجميع ارضه حتى يسكر النهر فيساق كل الماء
 اليه ليس له ذلك الا ان يكون صاحب الارض الاعلى من بقعة لا يصل الماء اليها الا ان يتخذ في النهر
 سكر وارباب الارضين مقرون ان شربها من هذا النهر فهذا لابد من ان يجعل فيه سكر حتى يرتفع
 الماء اليها والسكر حبس

﴿ ٣٨٩ ﴾

الماء من الجريان من (قوله
 لا يشرب الخ اى لا يمكنه
 ان يسقى ارضه بتمامها
 الا بالسكر وهو من سكرت
 النهر سكر اذا سدته عينى
 (قوله لان الحق لهم اى لان
 المانع حقهم وقد زال بتراضيهم
 زيلعى (قوله ويكسرون
 موضعها الخ صورته ان
 يكون حافتا النهر وبطن
 النهر ملكا له ولغيره حق
 اجراء الماء فواضع الرضى
 يتصرف فى خالص ملكه
 واذا لم يضر باجراء الماء
 لا يمنع من ذلك وان الضرر
 يمنع كعبد بين شريكين
 كاتبه احدهما من (قوله فى
 ارض صاحبه اى ان يكون بطن
 النهر مملوكا له وللآخر حق
 التسبيل عينى (قوله ولا
 ضرر الخ والمانع من الانفعال
 بالماء مع بقائه على حاله
 متعنت قاصدا للاضرار
 لغيره لا دافع الضرر من
 نفسه فلا يلتفت الى تعنته
 زيلعى (قوله ان يتغيره

على نبط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك
 لما فيه من ابطال حق الباقيين ولكنه يشرب بخصته فان تراضوا على ان يسكر
 الاعلى النهر حتى يشرب بخصته او اصطلا على ان يسكر كل رجل منهم
 فى نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما يتكسب
 به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد منهم ان يكرى منه
 نهرا او ينصب عليه رضى ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضقة النهر
 وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رضى لا يضر بالنهر ولا بالماء يكون
 موضعها فى ارض صاحبها لانه تصرف فى ملك نفسه ولا ضرر فى حق
 غيره ومعنى الضرر بالنهر ما ينفاه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير من سننه
 الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرضى ولا يتخذ عليه جسرا
 ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد منهم خاص
 ياغنى من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك
 او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقص ذلك ولا يزيد ذلك فى اخذ الماء حيث
 يكون له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ
 زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضقة النهر
 ويزيد على مقدار حقه فى اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا
 اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى اربعة اذرع منه
 لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل
 كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل
 باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة
 فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد
 احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق
 فيه ولو كان لكل منهم كوى مصبغة فى نهر خاص ليس لوحدان يزيد كوة وان
 كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى نهر

الخ بان يكرى نهرا من هذا النهر ويعرج الماء حتى يصل الى الرضى المملوكة فى ارضه
 فيغير رها ثم يجرى من النهر الى اسفله ففيه ضرر بالشركاء بقطع الماء عن سننه فيتأخر
 وصول حتم اليهم من (قوله والدالية الخ الدالية جنح طويل تركب تركيب مداد
 الازد فى رسمه مفرقة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى عليه ان يستقى من البئر ك

(قوله يستدل به الخ لانهم يتنازعون في الشرب فيقضى له بشرب الارضين جميعا اذالم يعلم حقيقة الحال لان الشرب على مقدار الاراضى اذالم يعلم حقيقة الحال عن(قوله وكذا اذا اراد الخ ذكر خواهر زاده اذا ملاء الارض الاولى من الماء وسد فوهة النهر له ان يسقى الارض الاخرى من هذا الماء لانه ح لم يستوفى زيادة على حقه وان لم سد فوهة النهر ليس له ذلك ك(قوله وهو نظير الخ وهو كونه نظيرا هو انه

﴿ ٣٩٠ ﴾

يزيد في الشرب ما ليس منه له حق ويريد في الطريق من المارة من ليس له حق المرور يعنى اذا كان له داران متلازقان وهو يسكن احدهما والاخرى تسكنها غيرها وثمر الدار التى هو يسكنها في طريق مشترك واراد ان يفتح بابا للدار الاخرى الى هذا ليس له ذلك ك(قوله ساكنها غير الخ بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا ترداد وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار ك(قوله لانه اعارة الخ اى لان كان واحد منهما معير لصاحبة نصيبه من الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب باطل واذا كانت عارية فله معير ان يرجع متى شاء ك(قوله باطله لانه بيع الجنس بالجنس نصيبه لان

الاكظم لان لكل منهم ان يشق نهر امنه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى) وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العود يستدل به على انه حقه (وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينهى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى يفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كى لا تغز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يغمى الشرب مناصقة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضى لصاحب الاسفل ان ينقص ذلك وكذا البورقة من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والهبة بذلك يعنى بهذه العقود حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر اولانه ليس بمال منقوض حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالبطل باطله وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاسخ الجهالة ولا يصالح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصع ان يضمه الى ارض لا شرب لها فيبيعه ما بادن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء) اى ملائها (فسال من مائها في ارض رجل فقرفه

ماء الغدا لا يكون موجودا اليوم والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه بيع المعدوم بالمعدوم لان الماء معدوم في النهر في الحال ولانه مجهول القدر ولان معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز فمجهول اولى ولان فيه غررا فانه مجهول لا يدري ان الماء يجرى في الوقت الثانى ام لا ع(قوله بالانتفاع الخ قيد الايصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الايصاء ببيع الشرب فان ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب ك

(قوله) لانه غير متعد فيه وهذا لان كون الفعل علته للشئ^٤ انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعله امتناع الماء في ارضه وانما صارت ارض جاره ذات نز بالشرب والاجتناب وهو امر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا انه لولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله في حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب انما يضمن اذا تعدى كعافر البئر وواضع الحجر وفعله في ارضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معنادا تتحمل ارضه عادة ﴿٣٩١﴾ اما اذا سقى سقيا لا تتحمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره تقديرا ك

او نزلت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه والله اعلم

(كتاب الاشربة)

سوى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها (قال الاشربة المحرمة بصفة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقضى بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع النمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا) اما الخمر فالسكرام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ما ثبتها وهي النى^٥ من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين و اشار الى الكرم والنخل ولانه مشتق من مخامرة العنق وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمى خمر لتخميره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لالك ما ظهر وهذا كثير النظم والحديث الاول طعن فيه يعنى بن معين رة والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رة وعندهما اذا اشتد صار خمر ولا يشترط الغنى بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولا بى حنيفة رة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقضى الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من السكر واحكام الشرع قطعية فننسا بالنهاية كالحمد واكفار المستعمل وحرمة البيع وقيل بوغض في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف

(قوله) كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلى والحروف الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر عن (قوله) سوى بها اي سمى هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المايعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما كان حراما فيه لما فيه الخ نت (قوله) واشتد المراد بالاشتداد الصلاحية للاسكارع (قوله) الخ من هاتين الشجرتين الخ قلت اخرجه الجماعة الا البغاري عن يزيد بن عبد الرحمن عن ابي هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب انتهى وفي لفظ المسلم السكرمة والنخلت

(قوله) اسم خاص الخ اقول لما منع ان يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص للنى^٥ من ماء العنب اذا صار مسكرا الا ترى انه قال في قاموس اللغة الخمر ما سكر من عصير العنب او عام وقال والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والنمر انتهى نت (قوله) لتخميره اي لشدة وقوته ليست لغيرها حتى سميت ام الحباث ك

(قوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد رح انه اشرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لفة فان الخمر لفة هو الى من ماء العنب وهذا ليس بنى ع (قوله ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر اللام وفتحها ما يطبخ من عصير العنب اذنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما يطبخ اذنى طبخة فصار شديدا نت (قوله والمنصف مرفوع لا غير معطوف ﴿ ٣٩٣ ﴾ على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ اذنى طبخة والمعنى ان

على ما قالوا الان الحد القليل في النى خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تغليلها وفيه خلاف الشافعى ره وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر ماء العصير اذ يطبخ حتى ينذهب اقله من ثلثيه وهو المطبوخ اذنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد رقبته بالزبد او اذا اشتد على اختلاف وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملك مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المنعكف به وامان نقيع التمر وهو السكر وهو النى من ماء التمر اى الرطب فهو حرام مكرره وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امنن علينا به وهو بالمعنى لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رض الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على ابتداء اذا كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراده به التوبيع معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتتخذون رزقا حسنا وامان نقيع الزبيب وهو النى من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويثنى فيه خلاف الاوزاعى وقد بينا المنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستعملها ويكفر مستعمل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة ره خلافا لهما فيهما لانه مال منقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لامثلها على ما عرفت ولا ينفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف ره انه يجوز بيعها اذا كان الناهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال (في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة

العصير المطبوخ الناهب اقل من ثلثيه على قاصين احدهما المطبوخ اذنى طبخة وهو المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا والطلاء عام للباذق والمنصف نت (قوله حرام عندنا عن داود بن ابي هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلاء الذى احله همر للناس ما هو قال هو الذى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وكتب الى الانصار وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير تكثير فدل ذلك على ان حد الاباحة ذهاب ثلثيه فما دون ذلك على التحريم عن (قوله اى الرطب قال جمهور الشراح انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيحى انتهى اقول فيه نظر لان الذى كان

اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ اذنى طبخة كما صرح به في المعتمبات وسيحى في الكتاب والذى ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما ائصح عنه بقوله وهو النى الخ ولا شك انه ليس بحلال عندنا اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب نت (قوله على ما عرفت اى ان المسلم ممنوع التصرف في الحرم فلا يكون مأمورا باعطائه المثل ك

(قوله ومن ذهب عقله بالبنج قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه اكل قليل سقمونيا والبنج مباح للتداوي وما زاد على ذلك اذ يقتل وينهب العقل حرام عن (قوله وابن الرماك قلت الذي يغله ترك مصر من لبن الرماك ينبغي ان يكون حراما لانهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة ويتركون اياما حتى يشتد جدا ويخلطون به السكر ويشربونه للهور والطرب ويسكرون منه كما يسكر احدنا من غيره من المسكرات وربما يضيفون اليه اشياء اخر ويسكرون منه كالخمر

﴿ ٣٩٤ ﴾

فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والنرة حلال عند ابي حنيفة رحمه ولا يحذر شربه عند ابن سكر من ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحذر شربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كافي سائر الاشربة المعروفة وقال (فيه ايضا) كان ابو يوسف رحمه يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه يفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلى ويشند ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاء هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدة فكل آية حرمة ومثل ذلك مروى عن ابن عباس وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما تذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال (في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما اذنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه) ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابو يوسف رحمه وعند محمد والشافعي رحمه حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال (ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضى الله عنه شربة ما كتبت اهتدى الى اهلى ففدت الى به من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجرة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروى عنه حمة نقيع الزبيب وهو النى منه وما روى انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (نبيذ العسل والنين ونبيذ الحنطة والنرة والشعير حلال وان لم يطبخ) وهذا عند ابي حنيفة وابو يوسف

عنى (قوله ثم رجع الى قول ابي حنيفة معنى قال مثل ما قال ابو حنيفة رح في نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ اذنى طبخة يحل شربه الى السكر عن (قوله الا انه تفرد الخ فالحاصل ان ابا يوسف كان يقول اولامثل قول محمد ان كل مسكر حرام ولكنه وحك شرطا لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة ايام فهاتان مسئلتان احدهما ان كل مسكر حرام عند محمد وابو يوسف اولا ثم رجع الى قول ابي حنيفة والثانية ان الاشربة نحو السكر ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد حرام عندهما وعند ابي يوسف كذلك ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة ايام ولا يفسد اى لا يحمض ثم رجع الى قولهما كفى (قوله ولا بأس بالخليطين وهو عبارة عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان فيطبخ بعد ذلك اذنى طبخة وينترك الى ان يغلى ويشند عن

(قوله سقاني ابن عمر الخ وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقہ بين الصحابة فلا تظن به انه كان يسقى غيره مالا يشربه او يشربه ما كان حراما وهذا يفيد ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا لان الذى سقاه كان مسكرا الا ترى الى قوله ما كتبت اهتدى الى اهلى

(قوله والمراد ببيان الحكم وهو حرمة ما يتخذ من ثمرها فيكون ما وراءها مباهما بالنصوص العامة
كقوله يشترط الطبخ فيه أي في كل واحد من هذه الانبذة المتخذة من العسل والنين والمنطة
والندرة والشعير لان الاشربة المتخذة من هذه الاشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب والطبخ شرط
فيها للإباحة فكذا ههنا عن (قوله لان قليله الخ قول هذا التعليل منظور فيه فان نبيذ التمر والزبيب
ما يشترط فيه الطبخ للإباحة

٣٩٥

بلا خلاف مع ان قليل ذلك
ايضا لا يدعوا الى كثيره
كيف ما كان فان دعاء القليل
الى الكثير من واصل الحمر
كبار فالظاهر في التعليل
ما في غاية البيان وهو ان حال
هذه الاشربة دون نقيع التمر
والزبيب فان نقيع التمر
والزبيب اتخذ مما هو اصله
للحمر شرعا فان اصل الحمر
شرعا التمر والعنب على
ما قال صلى الله عليه وسلم
الحمر من هاتين الشجرتين
وقد شرط ادنى طبخة في نقيع
الزبيب والتمر فيجب
ان لا يشترط ادنى طبخة
في هذه الاشربة ليظهر
نقصان هذه الاشربة عن
نقيع التمر والزبيب نت
(قوله وقد ذكرنا الوجه
اشارة الى ما ذكر ان السكران
منه بمنزلة النائم ومن ذهب
عقله بالبنج ولبن الرماك
وهذا لان النص ورد بالحد
في الحمر وهذا ليس في معناه
فلو وجب الحد فيه لكان
بطريق القياس وذا لا يجوز
ك(قوله ويروي عنه
عليه السلام ما سكر الخ
هذه رواية غريبة ولكن

اذا كان من غير لهما وطرب لقوله عليه السلام الحمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمه والنخلة خص التحريم بهما والمراد ببيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لإباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان
قليله لا يدعوا الى كثيره كيف ما كان وهل يحسد في المتخذ من الحبوب اذا سكر
منه قيل لا بد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحسد فانه روي
عن محمد بن سكر من الاشربة انه يحسد من غير تفصيل وهذا لان الغساق
يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يجعل عند ابي حنيفة اعتبارا بل حرمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يجعل
لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد واحترامه فلا يتعدى
الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال
وان اشتد) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي
حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى اما اذا قصد به التلهي
لا يجعل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه
توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر حمر وقوله
عليه السلام ما سكر كثيره فقليله حرام ويروي عنه عليه السلام ما سكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما
قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروي
بعينها فقليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم
في غير الحمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدر المسكر وهو حرام
عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعوا لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى
حكمه والمثلث لغلظه لا يدعوا وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة
والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدر الاخير
اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ
حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه المثلث لان صب الماء لا يزيد الاضعفا

معناها في حديث عائشة ما سكر الفرق فملاء الكفي منه حرام اخرجه ابو داود والترمذي
ت(قوله اذا العطف الخ اي هذا العطف للمغايرة بين الخمر وغيرها في حرمة العين والالم يحسن
اذا المناسب ان يقال حرمت المسكرات لعينها والسكر منها اعظم

(قوله فلا يكون الخ يعني تارة يذهب الماء للطافته اولا وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهب معا يجعل شربه كما يجعل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الناهب من العصير ايضا ثلثين كالماء وهناك يجوز شربه لكن لما يتيقن بذهابهما معا واحتبل ذهاب الماء اولا للطافة قلنا بحرمة شربه احتياطاً لانه اذا ذهب الماء اولا كان الناهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا هلى مامر وهو الباذقك (قوله ولو

﴿ ٣٩٦ ﴾

طبخ العنب الخ هذه المسائل كلها ذكرت تقريباً على مسئلة المختصر من قوله ولو طبخ العنب كما هو عن (قوله فصار كما بعد العصر) يعني اذا طبخ ماء العنب بعد عصر العنب لا يجعل ماء لم يذهب ثلثاه فكذا اذا طبخ العنب اولا ثم عصر ماء لا يجعل بالطبخ بعد ذلك الا اذا ذهب ثلثاه عن (قوله اوبسين النمر والزبيب قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله اوبين النمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كما ماء النمر يكتفى فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قيل هذا وهو قوله نبيذ النمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهي ولعله لهذا غير صاحب الكافي هبارة فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والنمر اوبين العنب والزبيب لا يجعل ماء لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويعتدل ان يقع لفظ النمر في قول المصنف اوبين النمر والزبيب بدل لفظ العنب

بغلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الناهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يجعل ماء لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والنمر اوبين النمر والزبيب لا يجعل حتى يذهب ثلثاه لان النمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع النمر لما قلنا ولو طبخ نقيع النمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه نمر اوزبيب ان كان ما انقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يجعل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولاحد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للمعد في درأه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يجعل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباز في الدباء والحنتم والمزفت والتقير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوهية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يجعل شيئاً ولا يجرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخاً له وانما ينتبه فيه بعد تطهيره فان كان الوهاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بغلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينصرف بالعصر وقيل هند ابي يوسف بملاً مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تغللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنقيعها او بشي يطرح فيها ولا يكره تغليلها) وقال الشافعي يكره التغليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التغليل بالغاء شي فيه قولاً واحداً وان كان بغير الغاء شي فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التغليل اقتراباً من

(الخمر)

سواء من نفس المصنف او من الناسخ الاول لانه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره هنا من افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ووجه تاج الشريعة هذه العبارة بان هذا هلى ماروى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجعل ماء لم يذهب ثلثاه بالطبخ نت

(قوله نعم الخ) روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سال اهلـه الا دام فقالوا ما عندنا الا خل
فدعى به فجعل ياكل به ويقول نعم الا دام الخ رواه احمد ومسلم والحديث عام يتناول كل ما يطلق عليه
اسم الخل من (قوله) وكذا الصالح اما قوله عليه السلام لا يتخذ الخمر خلافة عنه لا تستعملوا الخمر استعمل
الخل اى لاتضعه على الموائد كما يوضع الخل كفى (قوله فاشبه الراقه اى يجوز اراقه الخمر بالاجماع
وفي اراقتها اقترابها لاجمالة

٣٩٧

فعلم ان ماقاله الخمر فاذا
كانت الراقه جائزة لانها
اعدام المفسد فالتخليل
اولى لانه اعدام المفسد
وصيانة العين عن التلف
عن (قوله) فيختاره اى
فيختار التخليل على
الراقه ك (قوله) والامشاط
به وانما خص الامشاط لان
له تأثيرا في تحسين الشعر
عن (قوله) او دبيرة الخ
الدبيرة واحد الدبر والدبر
واحد ادبار الابل وهو
عقر الرجل ديوان (قوله)
ولان يسقى صبيلا ان فيه
اقترابا بالخمر وهو مأمور
بالاجتناب عنه عيني (قوله)
كما في الكلب والميتة فلا تحمل
الميتة الى الكلب ولو قيد
الكلب الى الميتة يجوز
ك (قوله) لما قلنا اشارة
الى قوله كما في الكلب
والميتة ك (قوله) كما
اذا غلب عليه الماء الخ
حيث لا يجد اذا كان الماء
هو الغالب عيني (قوله)
لقيام اجزاء الخمر والعجين

الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافية ولنا قوله عليه السلام نعم
الا دام الخل من غير فصل وقول عليه السلام خير خلكم خل
خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح
من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح
وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالذباغ والاقتراب
لاعدام الفساد فاشبه الراقه والتخليل اولى لمافيه من احراز مال بصير
حلالا في الغاني فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر غلايطهر ما يوازى بها
من الاناء فاما اعلاؤه وهو الذي نقص منه الخمر قليل يطهر تبعالا لانه خمر
يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب
فيه الخمر ثم ملئ غلايطهر في الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب
دردي الخمر والامشاط به) لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم
مأثم ولهذا يجوز ان يسداوى به جرحا او دبيرة دابة ولان يسقى
ذميا ولان يسقى صبيلا للنداءى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقى بها
الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيست الى الخمر فلا بأس
به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه
يصير خلا لکن يباح حمل الخل اليه لاعتكافه لما قلنا قال (ولا يجد شارب به)
اى شارب الدردي (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحد لانه شرب
جزأ من الخمر ولنا ان قليله لا يدعوا الى كثيره لما في الطباع من النبوة
عنه فكان ناقصا فاشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها
الا بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصار كما اذا غلب عليه
الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه
الانتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل
الخمر في مرقاة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد مالم يسكر منه لانه اصابه
الطبخ (ويكره اكل غبزه عجينه بالخمر) لقيام اجزاء الخمر فيه
(فصل) في طبخ العصير الاصل ان مذهب بغليانه بالنار وقذفه
بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهب ثلثي ما بقى ليحل الثلث
الباقى بيانه عشرة دوايق من عصير طبخ فنذهب دورق بالزبد يطبخ

النجس لا يطهر بالخمر فلا يجعل اكله ك (قوله) فصل في طبخ العصير لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يجعل مالم
ينصب ثلثاه شرع بذكر كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثه ثم اعلم ان ما في هذا الفصل ليس بمنكور
في الجامع الصغير ومختصر القنوري وقد ذكر تغريعا على ما ذكر قبل هذا وانما هو منكور في المباحث
عن (قوله) ان مذهب الخاى ما خرج من القدر من شدة الغليان وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ك

(قوله واياما كان الخ اقول فيه شيء وهو ان جعل العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون
الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق
وبين الباقي منها في كونهما عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العلم
بلا امر يوجب فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العلم عند دعوى
بالطبغ والاطهر في تعليل هذا ان يقال ان السدى
ينذهب بالزبد جعل كان
لم يكن لان الزبد ليس
بعصير فصار كالماء فيه
دورق من ماء ولو كان كذلك
لم يعتبر الماء فكذلك
هذا نت (قوله ان كان
الماء الخ قال في النهاية كان
محمد علم ان العصير على
نوعين منه الموصوب الماء
فيه وطبخ ينذهب الماء
اولا ومنه ما اذا صب فيه
ينذهب فيه معاف فصل الجواب
فيه تفصيلا (قوله ففي
الوجه الاول وهو ما اذا
كان الماء اصرع ذهابا كفي
(قوله وفي الوجه الثاني
اي فيما اذا كان ينذهب الماء
والعصير معا يطبخ حتى
الخ عن (قوله لما قلنا
من انه ينذهب بالغليان
ثلثا العصير وثلثا الماء
والباقي ثلث العصير
وثلث الماء فهو الموصوب
الماء في العصير بعد
ما طبخه حتى ينذهب ثلثاه سواء ك (قوله ولو قطع
الخ مثاله لو طبخ الرجل عصيرا حتى ينذهب ثلثاه خمساه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم
يبعد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الخمر
بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو والموصار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما يرد قبل ان يصير
مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب في الغليان منه شيء فانه لايجل لان الغليان بعد ان انقطع عنه اثر النار
لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما ع

الباقي حتى ينذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيجعل لان الذي ينذهب
زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة
دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء
قبل الطبغ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اصرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ
الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى ينذهب ثلثاه
لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي
العصير وان كانا ينذهبان معا تغلى الجملة حتى ينذهب ثلثاها ويبقى
ثلثها فيجعل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير
فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه
عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول
يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى
ينذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل
قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يجعل
لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فنذهب بعضه ثم اهريق
بعضه كم تطبخ البقية حتى ينذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ
ثلث الجميع فتنضبه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي
بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فمما يخرج
بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير وطبخ حتى ذهب رطلان
اهريق منه ثلاثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث
وتنضبه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون هشرين ثم تقسم
العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء
وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال
ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا يخرج المسائل ولها طريق آخر
وفيما اكتفيناه كفاية وهداية الى تغريب غيرها من المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الخ مثاله لو طبخ الرجل عصيرا حتى ينذهب ثلثاه خمساه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم
يبعد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الخمر
بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو والموصار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما يرد قبل ان يصير
مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب في الغليان منه شيء فانه لايجل لان الغليان بعد ان انقطع عنه اثر النار
لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما ع

(قوله الصيد الخ يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد بماذا اطلاق الاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع لمتوحش من الآدمي باصل الخلقة ما كولا كان او غير ما كول عن (قوله ما دمنتم حرما من التعريم الى غاية فاقضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا عن (قوله بما هو مخلوق لذلك لان ماسوى الآدمي خلق لمصالح الآدمي عيني (قوله وفيه استيفاء الخ لانه لو لم ينتفع بما فيه نفعه لهلك ﴿ ٣٩٩ ﴾ ولا يتمكن من اقامة التكاليف عيني (قوله وتمكنه من اقامة التكاليف كان ينبغي

ان يكون واجبا كوجوب التكليف لكن كونه غير متعين اوجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلوة فانه متعين لانه وسيلة لاقامة فرض آخر فكان واجبا فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد ههنا هي الرمي جماد والفاضل مقدم على المفضول ع (قوله وسائر الجوارح المعلمة كالشاهين والباشق والعقاب والصقر زيلعى (قوله وفي الجامع الصغير الخ انما اورد رواية الجامع الصغير لان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير رواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا ع (قوله فلا باس بصيده انما ذكر بلفظة لا باس لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض كالدب والخنزير وغير ذلك والنص اذا خص منه

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المعزم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حملتم فاصطادوا وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمنتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضى الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحتها انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يعويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال (يجوز الاصطياد بالكل المعلم والفهد والبارى وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع ذى مخلب من الطيور فلا باس بصيده ولاخير سوى ذلك الا ان تذكر ذكاته) والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح المكبلين والجوارح الكواسب قال في تاويل المكبلين المستطين فيمتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعلمان لغيرهما الاسد لعلوهمته والدب لحماسته والحق بهما بعضهم الحداة لحماسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلوناه من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون ما لاله فينرسل بارساله ويهزمه عليه قال (وتعلم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويحب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس لان يدين البازي لا يجتمل الضرب ويدين الكلب يجتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفذ فكانت الاجابة

البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد فيكون ظني فتمكن فيه الشبهة فلذلك قال لا باس به واعلم ان كل تناول بالاصطياد مختص بشرطه ان يكون المصيد من اهل النكاة وذابان يعقل الذبيح والتسمية حتى لا يוכל صيد سبي والمجنون اذا لم يبقه لا الذبيح والنسبية وان يكون له ملة التوحيد دهوى اعتقاد كالمسلم او دعوى الاعتقاد كما في كتابي كما مر في الذبائح وان يكون ما يصطاده معلما وان يكون جارحا ك

(قوله لان الثالث الخ وفي المبسوط فقد رنا ذلك بالثالث لانه حسن للاختبار والاصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا لشرع قدر مدة الخيار ثلثة ايام للاختبار وقال عليه السلام اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يؤذن فلم يرجع وقال عمر اذا لم يرجع احدكم في التجارات ثلث مرات فليتنحل الى غيرها كـ (قوله كما هو اصله اي اصل ابي حنيفة رح في جنسها في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادوم وتقدير ما غلب ٤٠٠) في نزح ماء البئر المعينة كـ

(قوله يجعل ما اصطاده يعني اذا اخذ صيدا فلم ياكل ثم اخذ ثانيا فلم ياكل ثم اخذ ثالثا فلم ياكل يجعل الثالث عند ابي حنيفة رح عيني (قوله وصار الخ اي صار كبيع العبد المجهور عليه مال المولى يعلم المولى وهو ساكت فانه يصير ما ذوقناه في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى ان ينقضه ان شاء زيلعي (قوله وله انه الخ يعني ان العلم يثبت بالمرة الثالثة فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلم فيؤكل بخلاف مسألة المأذون فان الاذن اعلام للعبد ولا يحصل له علم الا بعد المباشرة وما باشره قبل العلم يكون تصرف مجبور فلا ينفذ عن (قوله وذلك اي علم العبد لا يكون الا بعد المباشرة وما باشره قبل العلم يكون تصرف مجبور فلا ينفذ عيني (قوله لا يحصل الخ ولهمنا لو انقلب الصيد والشاة على

آية تعليمه واما الكلب فهو الرف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لم يوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندنا وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعلم تركه مرة او مرتين شعبا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثالث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاذكار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو النسي يقع اماراة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصوصا وما لا ينفذ الى رأي البهلي به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عندنا يجعل ما اصطاده ثالثا وعندنا لا يعمل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقيل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عندنا فكان هذا صيد جارية معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال (واذا ارسل كلبه المعلم او باريه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاما الصيد وجرحه فمات حل اكله) لما روينا من حديث عدي ولان الكلب او البازي آية والتبع لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسل فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مابشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيجعل على الجرح الكاسب بنابه ومجلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين ومن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه

السكين واصاب منبجها لا يعمل لان الاستعمال لم يوجد عن (قوله على ما بيناه وحرمة الخ اي بينا ترك التسمية في الذبائح ناسيا وبيننا ايضا حرمة متروك التسمية عامدا عن (قوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يعمل واشار في الاصل انه يعمل والفتوى على ظاهر الرواية ع

(قوله ما بيناه الخ يعني ان التعليم شرط فيما يصاد به من الجوارح لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح والنعليم في الكلب يتحرك الاكل وفي الهازي بالاجابة وقد مر بيانه بآثار الرجوه عنائه (قوله وهو مؤيد الخ الضمير راجع الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب والقول لم يؤكل ولا شك انه مؤيد بحديث عدي فانه صلى الله عليه وسلم قال فيه بان اكل منه فلا تأكل كما قد مر وكان الاولى على المصنف ان يذكر هذا الكلام عقيب قوله فان اكل منه الكلب او القول لم يؤكل لكن ﴿ ٤٥١ ﴾ الامر بين بعد بصرح المقصود ولا يمكن ارجاع الضمير الى الفرق فانه لا يستفاد من حديث عدي اصلا كما لا يخفى على من فصح عينيه بولانا مع عبد

التعليم نور الله مرقد (قوله) كما بيناه في الابتداء اراد به قوله وتعليم الكلب ان يتحرك الاكل ثلث مرات الى ان قال وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة الى ان قال وعلى الرواية الاولى يحمل ما اعطاه فالغاي آخره كفايه (قوله) لانعدام المعلية لان الحلم الحرمة لا يتصور الا في محل قائم وقد فات المحل بالاكل ك (قوله) عمر ز الخ واما ما باع المارث م قدره عن صبوده فلا شك ان على قولهما لا ينقض البيع فيه اذ على قول ابي حنيفة ينبغي ان ينقض البيع اذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلا والحاصل ان على قولهما يحكم بجهله مقصورا على وقت الاكل وعند ابي حنيفة مستندا ك (قوله) وتبديل الاجتهاد الخ تحقيقه ان حكم الاباحة في المحرز انما يثبت عند الاكل لانها مبنية على كون الكلب معلما وذلك ثابت بالاجتهاد على ما

ما قلنا قال (فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه الباري اكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي وهو حنف على مالك وعلى الشافعي في قوله القديس في اباحة ما اكل الكلب منه (ولرانه صاد صبودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لان علامة الجهل ولا ما يصيبه بعد حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناه في الابتداء واما الصيدون التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المعلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيه اتقدم لان الحرمة قد تنسب ولان فيما امر به قدامه الض الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطاً وله انه آية منه من الابتداء اعلان الحرمة لا تنسب اصلا فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشيء لا للعلم وتبديل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كمن بدل اجتهاد القاض قبل القضاء (ولر ان صغرا فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيداً) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد (لو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل) لانه مكث للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له (ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاه الى غيره فاكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيد افصار كما اذا التقى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع سنه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٢٦

فلا فكان وهما واحتمالا والموهوم يعتبر عند الضرورة وذلك عند الاكل فلم تكن الاباحة ثابتة قبله فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدي الى ابطال حكم مض بالاجتهاد باجتهاد مثله بل يؤدي الى المنع فصار كظهور اجتهاد آخر للمقاضي قبل القضاء ك (قوله) ثم صاد اي ثم هاد الى صاحبه فصاد لا يؤكل صيده وما صاده قبل الرجوع الى صاحبه فلا شبهة في انه لا يؤكل لعدم الارسال كفايه

(قوله) لانه صيد كلب الخ لانه لما اكل القطعة التي تمكن منها علم انه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للاسماط على صاحبه وانما ترك الاكل مابقي لانه يشبع بتناول تلك القطعة كفايه (قوله) ولو القى مانه في الجبهة قال في الجبهة النهر اخذ الشئ من مقدم فيك وهو من فعل بفتح العين في الماضي والمضارع جميعا عنابه (قوله) ويحك اي الكلب بعد اخذ صاحبه يدل على الوجه الثاني وهو انه نهس البضعة حيلة في الاصطياد ليضعف الصيد فكان من غاية حذائه فلم يدل على جهله فيؤكل الصيد ع (قوله) وكذا البازي الخ ٤٥٢ يعني اذا ارسل البازي على

الصيد فجرحه او رماه بسهم ثم ادركه حيا ولم يذكه حتى مات لا يؤكل ع (قوله) هذا اذا تمكن اي الذي قلنا من عدم الاكل فيما اذا ادركه ولم يذكه فمات انما هو فيما اذا تمكن من ذبحه ولم يذبحه (قوله) ولم يتمكن من ذبحه اما لفقد آلة او لضيق الوقت وفقد الآلة ان لا يجد الآلة اصلا وضيق الوقت ان تكون الآلة موجودة الا انه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة والاستعداد للذبح ك (قوله) لانه ثبت يد على الخ يعني ان حكم القدرة على الاصل يدار على الوقوع في يد حيا لتغير الوقوف على حقيقة القدرة والعجز لتفاوت احوال الناس في الهداية في امر السنبع وهما ولهذا قلنا ان الحمل اذا سقط وضاق الوقت عن السنبع في المنبع فجرحه في غير المنبع حتى مات لا يجعل لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار وهو حصوله في يد حيا ك

(قوله) بخلاف ما اذا بقي الخ وذكر الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما (وقيل) وعند ابي حنيفة لا يجعل الا اذا ذكاه بناء على ان الحيوة الخفية معتبرة كما يجزئ زيلعي (قوله) لم يؤكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه كفايه (قوله) لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يحول استعسانا وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل لضيق الوقت فثبت ذكاة الاضطرار موجبة للملح وبالاستعسان اخذ القاضي فخر الدين قاضيخان كفايه

(قوله رد الى المتردية اى قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التى تقع فى البئر وتسقط من الجبل ونحوه
والجامع عدم نوع الزكاة الاضطرارية والاختيارية وذلك فى المتردية ظاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه
لا يقع فى يده مما يطل النكاه الاضطرارى ولم يوجد النكاه الاختيارى فصار نظير المتردية فلا يؤكل ك
(قوله فلو انه ذكاه الخ هذا ليس لبيان الخلاف بل لبيان الاجماع لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالنكاه
وقعت موقعها بالاجماع وان

لم يكن فيه حيوة مستقرة
فعند ابي حنيفة زكاة النبع
وقد وجد وعندهما حل
بلاذبح ك (قوله من غير
فصل اى بين ان يكون
للمذبوح حيوة خفيفة او بينة
ك (قوله على ما قررناه
اشارة الى قوله لانه ميت
حكماء (قوله ولو ادركه
الخ يريد ان المسائل
المنقضية كانت فيما اخذه
الصائد وهما ادركه ولم
ياخذه ع (قوله على
ما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه وقع فى يده حيا فلا يحل
الابتنكاه الاختيار رد الى
المتردية اى قياسا عليها
(قوله لان مقصود الخ
والجميع بالنسبة الى هذا
المقصود سواء فان قيل
قد يكون مقصوده صيد امينا
اجيب بانه متعذر اذا لا يقدر
الخ (قوله فسقط اعتباره
لان ما لا يدخل تحت القدر
سقط اعتباره كما قلنا فى
البازى انه سقط اعتبار ترك
الاكل لاستحالة تعليمه
ولا يقال جاز ان يكون مقصوده
المعين لانه انقول لو كان

وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يؤكل ايضا لانه وقع فى يده حيا فلا
يحل الابتنكاه الاختيار رد الى المتردية على ما ذكره ان شاء الله تعالى هذا
الذى ذكرناه اذا ترك النكاه فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا
المتردية والطبيعة والموقودة والذى بقى النضب بطنه وفيه حيوة خفيفة
او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل
وعند ابي يوسف اذا كان يحل لبيع ماله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح
وقال محمد ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه
لا يعتبر بهذه الحيوة على ما قررناه (ولو ادركه ولم ياخذه فان كان فى وقت
لواخذه امكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار فى حكم المقدور عليه (وان كان
لا يمكنه ذبحه اكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من النبع لم يوجد (وان
ادركه فذكاه حل) لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالنكاه وقعت موقعها
بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاه النبع على
ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا ارسل كلبه المعلم على صيد
واخذه غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذا ارسل
مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذا لا يقدر على الوفاء به اذا لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط
اعتباره (ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال
فلو قتل الكل يحل به هذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على
ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عند الفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة
بخلاف ذبح الشاوتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير
الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضع احديهما فوق الاخرى وذبحهما
بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن ارسل فهنا فكن حتى يستمكن
ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لاستراحة
فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عاقته ولو اخذ

مقصوده المعين كان باعتبار انه صيد لا باعتبار انه هوك * ٢٦ (قوله على ما بيناه اى فى اوائل كتاب
الذبح حيث قال وفى الصيد يشترط عند الارسال والرمى ك (قوله فكن الخ كمن كون اتوارى واستخفى
ومنه السكين واما كمن فى معنى كمن فغير مسموع الا فى السير مغرب (قوله فلا يقطع الارسال اى فوره وكيف
وقصد صاحبه يتحقق بذلك من الحاصل الحميدة زيلعى (قوله اذا اعتاد الخ اى صنع كما يصنع الفهد اذا
ارسل كمن ولا يتبع الصيد حتى يستمكن غاية البيان ع

(قوله بخلاف ما تقدم وهو قوله فكمن متى يتمكن لك (قوله ولو ارسل الغ هذه من مسائل الاصل ذكرها
تغريعا ايضا وقد حثرت عند قوله ولو ان صقرا فر من صاحبه ع (قوله فوقع على شئ الغ من مادة الهاء
انه يقع على شئ وينظر الى صيده الثانية من الجانب الذي يتمكن من اخذه فهو بمنزلة كمين النفس
فلا ينقطع به فور الارسال ك (قوله وانما مكث ساعة للكمين حتى لا ينقطع فور الارسال فاما اذا مكث زمانا طويلا
حتى انقطع فور الارسال فانه
لا يؤكل كذا في الكلب ع
(قوله لوقوع الشك في
الارسال والارسال شرط
الاباحة بعد وجود التعليم
فاذا لم يعلم انه كان مرسل
او لم يكن لا يثبت الاباحة
فلا يؤكل لانه مينة لالائه
مال الغير كذا في غاية
البيان ولئن علم انه مرسل
فلا يؤكل الا باذن صاحبه
كذا قال الزيلعي مل
(قوله على ما ذكرنا اي
عند قوله ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ع (قوله
يريد به اي بعدم ذكر اسم
الله عليه عدم ذكره عمدا
لانه اذا ترك ناسيا اكل ع
(قوله نسا كانه يشير الى
حديث ما اجتمع الحلال
والحرام وهذا الاو غلب
الحرام الحديث وجدته موقوفا
على ابن مسعود ت (قوله
او احتياطاً لان الحرام واجب
الترك والحلال جائز الترك
فكان الاحتياط في الترك
ك (قوله ولورد الغ اي
لورد الكلب الثاني الصيد
على الكلب الاول يعنى
اذا كان الصيد يفتر من
الكلب الاول فاستقبله كلب آخر
غير معلم فرده حتى اخذه الكلب الاول يكره الكله قيل كراهة تنزية وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس
الادبة الحلواني ك (قوله لوجود المشاركة الخ فغلب جانب الحلف فوجب اعانته غير المعلم الكراهة دون
الحرفة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح ك (قوله لوجود المجانسة يعنى ان المجانسة شرط الضم فلا بد
احد الفعلين الى الآخر اذا لم يتجانسا حتى يصيراهما واحدة ع

١٤٠٤

الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكل جميعا
لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لورمى سهم الى صيد فاصابه واصاب
آخر (ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله
لا يؤكل الثاني) لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ انما اكل
استراحة بخلاف ما تقدم (ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ
ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا
لاستراحة وانما مكث ساعة للكمين لما بيناه في الكلب (ولو ان بازيه علمنا اخذ
صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح
شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يعمل بالكسر
وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة
فهو كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينهض سببا لانهار
الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبهه التخنيق قال (وان شاركه كلب غير
معلم او كلب مجوس او كلب لم يترك اسم الله عليه) يريد به عمدا (لم يؤكل)
لما روينا في حديث عدى ولانه اجتمع المبيع والمحرّم فيقلب جهة الحرمة
نصا او احتياطاً (ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح
الاول يكره الكله) لوجود المشاركة في الاخذ وفتنه في الجرح
وهذا بخلاف ما اذ اردّه المجوس عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل
المجوس ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة وتتحقق بين
فعل الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يردّه الكلب الثاني على الاول
لكنه اشد على الاول حتى اشد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس
باكله) لان فعل الثاني ادر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ارداه
طلباً فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف
ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعاً فيضاف اليه ما قال

اذا

اذا كان الصيد يفتر من الكلب الاول فاستقبله كلب آخر غير معلم فرده حتى اخذه الكلب الاول يكره الكله قيل كراهة تنزية وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس
الادبة الحلواني ك (قوله لوجود المشاركة الخ فغلب جانب الحلف فوجب اعانته غير المعلم الكراهة دون
الحرفة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح ك (قوله لوجود المجانسة يعنى ان المجانسة شرط الضم فلا بد
احد الفعلين الى الآخر اذا لم يتجانسا حتى يصيراهما واحدة ع

(قوله فلا بأس بصيده أي حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لتكون الزجر دون الإرسال ونقص
المعجم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء واجب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب
عليه الجزاء بما هو دون وهو الدلالة فوجب بالزجر بالطريق الأولى ع (قوله كما في نسخ الآي فان نسخ
المحكم إنما يكون بالمحكم ولا يكون نسخ المحكم بالمثل ك (قوله ولهذا لم يثبت الخ يعني إذا أرسل المسلم
زجر المجوس لم يثبت شبهة الحرمة ٤٥٥ * فالأولى أن لا يثبت الحل فيما إذا زجره المسلم بعد إرسال
المجوس لأن الحرمة أسرع

ثبوت أن بناها على الاحتياط
فلما لم يؤثر فيما هو أسرع
ثبوتاً فلان لا يؤثر فيما هو
أبطأ ثبوتاً وهو الحل أولى
ك (قوله مثل الانفلات
من حيث أن كل واحد منهما
غير مشروط في حل الصيد
بخلاف الإرسال والقياس
أن لا يعمل بزجر المسلم لأن
زجره ليس بإرسال وبثبوت
الإرسال لا يعمل لأنه شره
ووجه الاستحسان أنه لما
أنزجر بزجره جعل ذلك
بمنزلة ابتداء الإرسال ك
(قوله تصلح ناسخا بخلاف
الفصل الأول لأن الزجر لا
يساوي الإرسال بوجه من
الوجه لأن كل واحد منهما
فعل المكلف والزجر بناء
الإرسال فكان دونه من كل
وجه فلا يرتفع زيلعس
(قوله فاصاب صيدا أي
غير الندي سمع صوته لأن
النكرة إذا أعيدت نكرة
كان الثاني غير الأول ك
(قوله ثم تبين أن المسموع

من صيد يحتاج في أكله إلى النجس أو الجرح وتحرز بهذا القيد عما إذا طهر طير الماء فظهر أنه سمكة أو صيد
ظهر أنه مراد لم يوكل المصاحب في رواية ويوكل في أخرى ك (قوله أنه سمع صيد الخ إما إذا لم يعلم
كان أي المسموع سمع أي صيد كان يوكل لحمه أو لا ك (قوله وعن أبي يوسف الخ عن أبي يوسف أن المسموع
سمه إذا ظهر غنزير لا يعمل أكل صيد المصاحب ع

(وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوس فانزجر بزجره فلا بأس بصيده)
والمراد بالزجر الإغراء بالصياع عليه وبالأنزجار اظهار زيادة الطلب
ووجه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون
الإرسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوس فزجره مسلم فانزجر لم يوكل)
لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل
وكل من لا تجوز ذكاته كالمترد والمحرّم وتارك التسمية عامداً في هذا
بمنزلة المجوس (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا
بأس بأكله) لأن الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء
عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستوى في الصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم
كلبه على صيد ومضى فادركه فضربه ووقفه ثم ضربه فقتله أكل وكذا إذا
أرسل كلبين فوقفه أحدهما ثم قتل الآخر أكل) لأن الامتناع عن المجرح
بعد المجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفواً (ولو أرسل رجلاً كل واحد
منهما كلباً فوقفه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما قلنا (والملك للأول) لأن
الأول أخرجه عن حد الصيدية إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد
والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان
الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيد بجرح الكلب الأول
(فصل في الرمي) (ومن سمع حساطه حس صيد فرماه أو أرسل
كلباً أو بازياً عليه فاصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاحب) أي
ممكن لأنه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير
للفظ التعريم لأن ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع
لأنه يؤثر في جلدها وزفر غص منها ما لا يوكل لحمه لأن الإرسال فيه
ليس للإباحة ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالباء كقول
فيه فوق الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه وإباحة
الغناول ترجع إلى المحل فثبت بقدر ما يقبله لحمه وجلده وقد لا تثبت إذا لم

(قوله اهلى اى لو ارسل كلبه على طير اهلى فاصاب صيدا لم يؤكل لان الرمي اليه لا يجوز صيد به الكلب وهو كالشاة ع) (قوله والظبي الخ اى الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت غ) (قوله ناد ند البعير ند او ند ود اذا ذهب على وجه شارد كذا فى الجمهرة ع) (قوله لانه ذكاته فيه ما يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالنبيح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب فاصاب ظبيائهم تبين ان المسموع

﴿ ٤٥٤ ﴾

حسه سمكة لا يؤكل الصيد ع (قوله يجعل فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التى تقدمت وهى ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب ثم تبين انه حس آدمى او حيوان اهلى لايجل الصيد مع انه لم يقصد به رمى الآدمى وفى هذه المسئلة قصد رمى الآدمى ورمى الآدمى ليس باصطياد وقد حل المصايب اجيب بان الفرق ما اشار اليه المصنف بقوله لانه لا يعتبر الخ وبيانه ان فى المسئلة الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذى توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يجز 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 يعتبر بعد ذلك

يقبله واذا وقع اصطيادا صار كالهرمى الى صيد فاصاب غيره (وان تبين انه حس آدمى او حيوان اهلى لايجل المصايب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذى يأوى البيوت اهلى والظبي الموثق بمنزلة) لما بين (ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومن الطائر ولا يدري وحش هو او غير وحش حل الصيد) لان الظاهر فيه ان نحو وحش (ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناده هو ام لا ليجل الصيد لان الاصل فيه الاستيفاس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يجز) فى رواية وعن ابى يوسف لانه صيد وفى اخرى عنه لايجل لانه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فاصاب المسموع حسه وقرظنه آدميا فاذا هو صيد يجز) لانه لا يعتبر بظنه مع تعيينه (واذا اسسى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات) لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة ففتش شرط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح لينة تحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (واذا ادركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجودها والاختلاف فيها فى الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتعامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روى عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى ان يجز اكله لان الموهوم فى هذا كالمحقق لما رويانا الا اننا اسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة ان لا يعزى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان النحرز عن توارى يكون بسبب عمله والذى رويناه محجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يمت يجز فاذا بات ليلة لم يجز (ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايجز) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب فى ارسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمي فى جميع ما ذكرناه قال (واذا

ظنه المخالف لفعله الذى هو اصطياد والظن ان وقع مخالفا للحقيقة فعلة كان الظن لغوا فيجزل (ولو رمى اكل المصايب لوجود فعل الاصطياد ع) (قوله على ما بيناه اى فى فصل الجوارح عند قوله ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية غ) (قوله لما روى ابن الخ روى ابن ابي شيبه فى مصنفه عن ابى رزين عن النبي صلى الله عليه وسلم فى الصيد ينوارى من صاحبه قال لعل هوام الارض قتلته ع

(قوله لم يؤكل هذا اذالم يقع الجرح مهلكا في الحال اما اذا وقع الجرح مهلكا في الحال والحياة التي بقيت في الصيد مثل الحياة في المذبوح بعد الذبح فوقع في الماء او على السطح او على الجبل ثم تردى على الارض لم يضر لم يؤكل على ما قال في هذا الفصل وهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يجرم وانما قيد بقوله ثم تردى منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل ابتداء او على السطح واستقر عليه ولم يترد يؤكل ﴿ ٤٥٧ ﴾ ك (قوله فنردى الخ قال السكري المذبذبة التي لا تؤكل ان تقع فوق شئ من السماء

او من موضع فوقه ثم وقع من ذلك الموضع الى موضع آخر فهنا لا يؤكل وهو المنرد وقال القدرى وهذا صحيح لان المنردى هو المنرد وذلك لانه لما اجتمع الحرمان قلبوا احدهما بام كقولهم تقضى البازي وانما هو تقضى والمنرد هو ان يقع على شئ ثم على شئ مع (قوله وذكر في المنتقى الخ يريد بيان ما وقع الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى ع (قوله لاحتمال الخ فان حصول الموت بالانشقاق ظاهر وبالرسم موهوم متسدد فالظاهر اولى بالاعتبار من الموهوم فيجرم بخلاف ما اذالم ينشق لان موته بالرسم هو الظاهر ع (قوله وهذا اي ما حمله شمس الائمة اصح لان المنكسر في الاصل مطلق فيجرى على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يعرج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق

رعى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المنردية هي حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرمي اذالم يهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي وان وقعت رميتك في الماء فلان تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك (وان وقع على الارض ابتداء اكل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سبب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التجرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحمل اذا اجتمعا وامكن التجرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التجرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فيما يمكن التجرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض اورماه وهو على جبل فنردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض اورماه فوقع على رمح منصرب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حده هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت اولينة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكم الشهيد وحمل مطلق المردى في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخس على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المردى في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفوهذا اصح وان كان الطير ماثيا فان كانت الجراحة لا تنفيس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال (وما اصابه

المعروض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بعد فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح لينتفخ معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما اصابته البندقة

بوقعه على الارض اكل وقد ذكر انه في معناه عناية (قوله المعروض الخ المعروض السهم بلا ريش بعض عرضا فيصعب بوضعه لا يجده كذا في المغرب كغايه (قوله ما اصاب الخ روى في صحيح البخاري والسنن مسندا الى الشعبي قال عدي بن حاتم سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المعروض فقال اذا اصاب بهد فكل واذا اصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقته ع

(قوله فصار كالمعارض اذا لم يغررق اى المعارض اذا لم يغررق لا يؤكل فكذا في المصلحة في المعارض
اي نفته كـ) (قوله بمرورة حجر ابيض رقيق كالسكين يندبح به ع) (قوله اللهم الا اذا الخ اللهم كذا
يؤتى بها قبل الاستثناء اذا كان المستثنى عزيزا نادرا وكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشية الله تعالى
في اثبات كونه ووجوده ايندنا بانه يبلغ من الندرة حد الشنودك) (قوله اوبه قبض الخ القبض
من السيف بفتح الميم وكسر الباء حيث يقبض عليه بجمع ﴿٥٨﴾ السيف ع) (قوله سواء

فمات بها) لانها تنق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعارض اذا لم يغررق وكذلك
ان رماه بهجر وكذا ان جرعه قالوا تناوبله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال
انه قتله بقتله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح
ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه
يقتله بهجره ولو رماه بمرورة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا
وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع او داحه لان العروق تنقطع بنقل
الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لحله مات قبل قطع الادراج
ولو رماه بعضا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم
الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح
والاصل في هذه المسائل ان المات اذا كان مضافا الى الجرح ييقين كان الصيد
حلالا واذا كان مضافا الى الثقل ييقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى
مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطاً وان رماه بسيف او بسكين فاصابه
بجده فجرحه حل وان اصابه بقفا السككين اربم قبض السيف لا يحل
لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح
ان كان الجرح ممسما يحل بالاتفاق وان لم يكن ممسما فكذلك عند بعض
المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يعتقبس بضيق
المسند او غاظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقره عليه السلام ما نهر
الدم وافرى الادراج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة مل يندون
الادماء وان كانت صغيرة لا يندون ادماء ولو دبح شاة ولم يسلم منه الدم
قيل لا تحل وقيل حل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصل
السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض
ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا قطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه
(ولا يؤكل العضو) وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بنكاه
الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابن الراس بنكاه اختيار بخلاف

اي في شرح الجرح يعنى
ان الحديد اذا جرح اكل
واذا لم يجرح لم يؤكل وكذا
غير الحديد كالمعارض والعود
اذا جرح اكل واذا لم يجرح
لم يؤكل ع) (قوله مل يندون
الادماء لان عدم خروج الدم
لعدم الدم فلا يكون مضرا كـ
(قوله لا يندون الادماء لان
عدم خروج الدم لضيق
المسند لالعدم الدم كفى
(قوله قيل لا تحل وهو قول
ابي القاسم الصغار لانعدام
معنى النكاه وهو تسبيل الدم
النفس وقد قال عليه السلام
ما نهر الدم وافرى الادراج
فكل كـ) (قوله وقيل تحل
وهو قول ابي بكر الاسكافى
وكان يقول لا بأس بالكله لوجود
فعل النكاه على ما قال عليه
السلام النكاه بين المبة
والمعبين وقد يعتقبس
بعض الدم في العروق
بعباس يحبس كما اذا
اكلت الشاة العناب وذلك
غير موجب للمعربة بالاتفاق
فهذا مثله كذا في المبسوط
كـ) (قوله دخل فيما ذكرناه
وهو قوله ان كان ممسما
فكذلك عند بعض

فكذلك عند بعض المتأخرين وعند بعضهم يشترط الادماء ايخ مل
(قوله بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصغار فانه شرط سيلان الدم ع) (قوله لما بيناه
ان الرمي مع الجرح مبيع فلما قطع العضو كان الجرح موجودا لاهالة فيحل كـ) (قوله فيحل الخ وذلك
لان قطع اى عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس الاختيار والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا
البعض المبان في ذكاة الاضطرار غاية البيان

(قوله ما اذالم يمت الخ اي يخلف ما اذالم يمت بالقطع الذي حصل به الابانة وامتنع الى ذكاة اخرى لاننا لمبان حصل بسبب الذكاة وهذا المبان لم يحصل بسبب الذكاة لانه لم يعمل المبان منه في هذا القطع متى يكون الابانة حاصلة بسبب الذكاة وما بين من الخ لا بسبب الذكاة فهو حرام ع (قوله ما بين من الخ اخرج ابوداود والترمذي عن ابي واقد الليثي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة (قوله يحرم

٤٥٩

ما اذالم يمت لانه ما بين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما بين ما بين من الخ فهو ميت ذكر الخ مطلقا فيصرف الى الخ حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه هي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حيرة بهذه الصفة يحرم وقوله ا بين بالذكاة قلنا حال وقعه لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا تظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الخ حقيقة وحكما لا يعمل والمبان من الخ صورة لاحكاما يعمل وذلك بان يبقى في المبان منه حيرة بقدر ما يكون في المنبوح فانه حيرة صورة لاحكاما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطع لا يحرم فتخرج عليه الوسائل فنقول اذا قطع بسدا ارجلا او فخذنا او ثلثة مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويعمل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي (ولو قد

ينصفن او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسا او اكثر منه يعمل المبان والمبان منه) لان المبان منه هي صورة لاحكاما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما بين منه فهو ميت الا ان ميتة حلال بالحديث الذي روينا (ولو ضرب عنق شاة فابان راها يعمل لقطع الاداج) وبكره هذا الصنيع لابلغته النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاداج لا يعمل وان لم يمت حتى قطع الاداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بسدا ارجلا ولم يبينه ان كان يتوهم الالتئام والاندمل فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان يبقى متعلقا بجذعه حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال (ولا يؤكل صيد المجوس والمرتكب والوثني) لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباة الصيد بخلاف النصارى واليهودى لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكنا اضطرارا قال (ومن رمى صيدا فاصابه

لمواز ان يكون موته بسبب وقوعه في الماء عيني (قوله ا بين بالذكاة ايجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ا بين بالذكاة يعمل ولكن لاذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقعه ليس ذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعد اذ افروض ذلك والجرح اعتبر ذكاة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجد فيه من الحيوة فوق ما في المنبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحيوة فيه ح فان قيل فليكن ذكاة المبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعنى الاقل تبع الاكثر اذالم يتفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية (قوله قلنا حال الخ يعنى ان حكم الذكاة انما يظهر في المحل عند خروج

الروح فاذا ا بين طرف منه الباقي من لم يقع الفعل ذكاة فاذا خرج منه الروح وصار ذكاة لم يظهر في الجزء المنفصل لان ظهور حكم الذكاة في الاجزاء على سبيل التبعية وقد بطلت بالانفصال ك (قوله هذا الحرف اي هذا الوجه العظيم مأخوذ من الحرف بمعنى الجبل العظيم واما الحرف بمعنى طرف الشئ فلا يناسبه اعظم (قوله حل اكله لانه لم يوجد الابانة لاحقيقة ولا اعتبارا فيعمل كما يعمل سائر الاجزاء غاية

(قوله ويؤكل لان الثاني هو الذي صاده فان الثاني قتله قيل ان يخرج الصيد من حيز الامتناع باصاها الاول وام يوجد الحاضر من (قوله الصيد لمن اخذ قال الزيلعي غريسيب وقدروى من سفيان عن ابي الزناد عن الامرج عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الصيد لمن اثاره كذا في التذكرة لابي عبد الله محمد بن محمد بن مل (قوله فهو الاول وذلك لان الاول اخرجه من ان يكون صيدا فصلا آخذاله حكما الصيد لمن اخذ ولا يؤكل لانه لما خرج عن حيز ١٥٠ الامتناع صار اهليا فكان ذكاه

كانه ذكاه الاختيار لاذكاه الاضطرار ثم لما رماه الثاني صار كمن رمى شاة فقتلها فلايجل عن (قوله فصار الخ يعني اذا كان معتبرا على منهبه كان الجواب في هذه المسئلة عنده كالجواب فيما اذا كانت الرمية الاولى اذغنه وكان بحال يتوهم ان يسلم الصيد منها فتمى رماه الثاني لايجل فكذا هنا عن (قوله اذا علم الخ فان علم انه مات من الاول فهو الاول وعلى الثاني ضمان مانقصته جراحته لان الاول قد اصطاده والفعل من الثاني نقص ملك الاول فيضمنه ك (قوله قال في الزيادة الخ بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الاكل وحكمه انه لا يؤكل لان احدي الجراحتين تعلق بها الخطر والاخرى تعلق بها الابامة وانما لم يذكره لانه يعلم بذلك وانما كان حكم صورة الجهالة وهوان لا يدري ان الموت حصل بايهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب القتل

ولم يثخنه ولم يخرج من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الاخف وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ (وان كان الاول اذغنه فرماه الثاني فقتله فهو الاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهوليس بذكاة للقدره على ذكاه الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه خائف يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المنبوح كما اذا اiban راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بهاعنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من منهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء ولايجل قال (والثاني ضامن لقيمة الاول غير ما نقصته جراحته) لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المذخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المذخن تعتبر يوم الاتلاف قال تاييله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا لاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كلا كما اذا قتل عبدا مريضا ان علم ان الموت يحصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني مانقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروما بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلا نجرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن مانقصه او لا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو منقوصا نصفه وهو مملوك للغيره فيضمن نصف قيمته مجروما بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا

واما

ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل بسبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه (اثنان سست كردن جراحة كسى را ع) الحيز كل مكان وقولهم في حيز التواتر في جهته ومكانه وهو مجاز مصفى كمال محرقة تمام يقال اعطاء المال كمالا اي كاملا من

(قوله) وان كان رماه الخ يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثاني غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة يعني لافي حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعل نفسه (قوله) الرهن الخ يقال رهنت الرجل الشيء ورهنه عنده واسترهنتى كذا فرهنته عنده وارهنته اخذه وهذا الرهن المرهون والجمع رهون درهان ورهن مغرب (قوله) بعق انما قيدنا بالمعق لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب ﴿١٤١﴾ ايضا والمعق يشملها ع (قوله) كالدينون حتى لا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهرا وباطنا فاما

بدين معدوم فلا يصح اذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلوا الوجوب ك (قوله) اشترى الخ اخرجه البخارى ومسلم عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما الى اجل ورهنه درعاه من حديد انتهى وفي لفظ البخارى ثلثين صاعا من شعير واخرج الترمذى عن ابن عباس قال قبض النبی صلى الله عليه وسلم ان درعه مرهونة عند رجل من يهود على ثلثين صاعا من شعير اخذها رزقا لعياله (قوله) لانه عقد وثيقة الخ تقر به ان للمدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب الا فى النعمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالنعمة وهى الكفالة جائزة فكذلك الوثيقة التى تخفص بالمال بالطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه ع (قوله) بالايجاب الخ الايجاب هو قول الراهن رهنك هذا

واما الثالث فلان بالرعى الاول صار بعال يحل بذكاة الاختيار لوروى الثاني فهذا بالرعى الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاقنعه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطيد ما يؤكل لحمة من الحيوان وما لا يؤكل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم ﴿شعر﴾ صيد المارك ارناب وثمانى ﴿وإذا ركبت فصيدى الابطال﴾ ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بعق يمكن استفاؤه من الرهن كالدينون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روى انه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة الجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط الملزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف القاء فى محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما فى الوصية وذلك بالقبض ثم يكفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابى يوسف انه لا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة

المال بدين لك على وما اشبهه والقبول هو قول المرتهن قبلت ع (قوله) قالوا الخ اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع واما انه عقد تبرع فلان الراهن لا يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا ولا نعتى بالتبرع الا كذلك واما ان ما هو كذلك يتم بالتبرع كالهبة والصدقة ع

(قوله لانه نازل الخ فان المبيع قبل التسليم الى المشتري كان مضمونا على البائع باليمن فاشتغل المبيع منه الى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء كـ (قوله والاول اى ظاهر الرواية وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل اصح لان الرهن انما يقبض لجهة استيفاء الدين ثم ان الراهن اذا خلى بين المرتهن ودينه يعتبر قابضا وذلك حقيقة الاستيفاء فكذلك يعتبر قابضا اذا خلى بينه وبين

الرهن وهو جهة الاستيفاء
(قوله محررا اى مقسوما وهو احتراز عن رهن المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا اى عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها مناع الراهن وقوله متميزا اى لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال غلقة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع كـ (قوله لا يحصل قبله اى قبل القبض لان الرهن استيفاء الدين حكما والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض فكذلك الاستيفاء حكما ولان المقصود اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه ذلك انما يكون بالقبض كـ (قوله اذا عني الخ رواه ابو داود في مراسيله عن الادزاعي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرهن ما فيه انتهى قال ابن القطان مرسل صحيح واخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابي الرزاد قال ادركت من فقهاءنا الذين ينتهي الى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم انهم قالوا الرهن بما فيه اذا كان هلك وعديت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تـ (قوله مع اختلافهم قال ابو بكر وعلى هو مضمون بالقيمة وقال عمر وابن مسعود هو مضمون بأقل من قيمته ومن الذين قال ابن عباس هو مضمون بالدين قلت قيمته او كدرت وهو قول شريح كـ

الغصب بخلاف الشراء لانه نازل للضمان من البائع الى المشتري ولا س بموجب ابتداء والاول اصح قال (واذا قبض المرتهن محررا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن) لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال (واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قال لها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غريمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذا الحنف به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقا وقوله عليه السلام اذا عني الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا انتهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بان يصير مملوكا كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينشأ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعرة وفارقك برهن لافكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقت والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت لا يملك اليد والحبس ليقع الامن من المجرور مخافة جهود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لما حقه اولضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد نقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى الى الربوا بخلاف

حالة

ينتهي الى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم انهم قالوا الرهن بما فيه اذا كان هلك وعديت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تـ (قوله مع اختلافهم قال ابو بكر وعلى هو مضمون بالقيمة وقال عمر وابن مسعود هو مضمون بأقل من قيمته ومن الذين قال ابن عباس هو مضمون بالدين قلت قيمته او كدرت وهو قول شريح كـ

(قوله حالة القيام اي بخلاف ما اذا كان الرهن قابلا له ينقض هذا الاستيفاء اي الذي بالمجس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء (قوله ولا وجه الى الاستيفاء الباقي اي الهاق بعد الاستيفاء بدا وهو ملك الرقبة بدونه اي بدون الاستيفاء بدا وهذا جواب اشكال وهو ان يقال يستوفي المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربوا بان يستوفيه رقبة لا يد الا ان الاستيفاء بدا تقرر بالهلاك فبقى من دينه ملك الرقبة فسادا استوفاه ١٣٣ استوفي حقه لزيادة ولا نقصا فانجاب بان استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد

حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور الاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا يترتب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وهو وجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ النسبة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسبا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعندنا تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع يخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عندنا في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للارتفاع لانه يفوت موجهه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجهه وهو تعيينه للبيع وسياتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى (قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولادين ويمكن ان يقال ان الواجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمة يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة (قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن بقيمته والدين سواء صار المرتهن مستقرقا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة في يد المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن

لا يتصور فلما استوفاه يتكرر الاستيفاء في حق اليد وذلك ربوا فثبت العجز من الاستيفاء وهذا كما قال ابو حنيفة ومحمد في رجل له على آخر افي جياذ فقضاه الفاز يوفافا نفقه رب الدين ثم علم انها زيوف سقط اعتبار جودته لانها لا يمكن اخذها منفردة ولا وجه الى اخذها تبعا لانه يصير ربوا فكنا ههنا كفايه (قوله وكنا قبض الخ عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن وفيه بيان ان العين امانة حتى لا يصير المرتهن قابضا بنفس الشراء بل ينبغي ان يقبض ذاتيا ك (قوله وهذا يحقق الصيانة فانه لما تقرر استيفاء الدين به لهلاك لم ينهب الدين بلاش حتى يفوت معنى الصيانة بل تحقق معنى الصيانة حيث سقط بهلاك الرهن ولم يسقط مجانا عنابه (قوله كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة

العيل من ضروراته فلا ينعلم به مقتضى العقلان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا اللوازم الضمنية (قوله فالحاصل الخ اي حاصل الخلاف في ان الرهن مضمون اذ امانة بنسأ على الخلاف في حكم الرهن فمن قال حكمه ان يكون محتسبا بالدين جعله مضمونا على ما قررنا ومن قال انه ليس بمحتسب بالدين بل حكمه تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع جعله امانة عن

(قوله له حديث على الخ قلت روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي قال ينترادان الفضل بينهما في الرهن
ت (قوله ينترادان الخ والتراد ما يكون بين اثنين فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن كما يرد الراهن
فضل الدين عيني (قوله مروي الخ قلت اخرج البيهقي عن عمر قال في الرجل يرهن الرهن فيضيع قال
ان كان اقل مما فيه رد عليه تمام حقه وان كان اكثر فهو امين والرواية عن ابن مسعود غريب (قوله كما
في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا افاء الف درهم في الكيس ﴿ ٤٤٤ ﴾ وحقه في البقي فانه يصير
ضامنا قدر الدين والزيادة

مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة
والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة له حديث على
رضي الله عنه قال ينترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين
مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين
ومنه ما مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء
فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفي كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة
مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان
والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فانه روى عنه انه قال المرتهن
امين في الفضل (قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويجبسه به)
لان ماله باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمنع به المطالبة
والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر ماله عند القاضي يحبس به كما بيناه على التفصيل
فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض
الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه
ينكر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (واذا
احضره امر الراهن بتسليم الدين اليه اولا) لينتعين حقه كما تعين حق الراهن
تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والتمن يجزى المبيع ثم يسلم الثمن اولا
(وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مالا
حمل له ولا مؤنة فكذا لك الجواب) لان الاما كن كلهما في حق التسليم
كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء
فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكل
احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية
للا نقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلزمه
(ولو سلب الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او سيئة جاز)
لإطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلى المرتهن احضار الرهن
لانه لا قدرة له على الاحضار) (وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه

على قدر الدين امانة فكذا
هنا (قوله ضرورة الخ
والثابت ضرورة ينقدر
بقدر الضرورة كما اذا رهن
عبد اقيمت اكثر من الدين
حيث لا تتميز الزيادة من
الاصل فيثبت له حبس الكل
ك (قوله ولا ضرورة الخ
لان بقاء الرهن مع عدم
الضمان ممكن بان استعار
الراهن الرهن من المرتهن
على ما يجيء ان شاء الله
تعالى ك (قوله والمراد
بالتراد الخ توفيقا بين
حديثي على رضي الله عنه
فانه روى عنه المرتهن امين
في الفضل فيجب حمل الاول
على حالة المبيع يعني اذا باع
المرتهن الرهن باذن الراهن
يرد ما زاد على الدين من
ثمنه الى الراهن ولو كان
الدين زائدا يرد الراهن
زيادة الدين ع (قوله فانه
روى عنه الخ قلت روى ابن
ابي شيبة في مصنفه عن محمد
بن الحنفية عن علي قال
اذا كان الرهن اكثر مما رهن
به فهلك فهو بما فيه لانه امين
في الفضل واذا كان اقل مما رهن به فهلك رد الراهن افضل انتهى ت (قوله كما بيناه على التفصيل الخ
وهو ما فصل في فصل الحبس من ادب القاضي بقوله وهذا اي ترك الحبس اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعر
كرهه مما طلا واما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطلب بانكاره ك (قوله واذا طلب الخ هذه المسئلة
مع ما بعدها من المسائل من مسائل الزيادات الى قوله قال وان كان الرهن في يده ذكرها تقريرا على
مسئلة مختصة القدر روى ع (قوله فكذا لك الجواب اي يؤمر المرتهن باحضار الرهن اولا ع

(قوله فصار الخ لانه لما باعه بآذنه صار كانه ما تنافسها الرهن وصار الدين رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن فصار كانه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدى عدل كذا في زيادات قاضيهان فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح فلناهم ولكن يبقى حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك ثم يثبت هذا الحكم في غلظه تبعاً لما قصدوا ك (٤١٥) (قوله الا ان الذى الخ هذا استثناء من قوله فصار كان الرهن

رهنه وهو دين على تقدير اشكال وهو ان يقال لم يصح كان الراهن رهنه وهو دين اذ لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن في يد العدل وله ذلك فاجاب وقال ولاية القبض له باعتبار انه عاقدك (قوله يكفى الخ هذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه ك (قوله لا احتمال الهلاك ولا ضرره في الاحضار وفيه فراغ قلب الراهن عن وهم الهلاك واكن لا يسلم الى ان يقبض جميع الدين كفايه (قوله ثم اذا قبض الخ يعنى ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين ع (قوله وهذا بخلاف الخ اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الخ فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل الخ فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل

ولم يقبض الثمن) لانه صار ديناً بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكفى احضاره لقيام البديل مقام المبدل لان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكفى احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكفى لاستيفاء نجم قد حمل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى قضى بالقيدة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيدة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلها افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكفى احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى في يده يقول او دعنى فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئاً (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو) لما قلنا (ولو ان الذى اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهناً) لانه لما جحد الرهن فقد تولى المال والنوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به (قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاها البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتباراً بحبس المبيع (فاذا قضاها الدين قبل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لو صدر الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاها) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (وكذلك لو تنافسها الرهن له حبسه ما لم يقبض

القيدة ع (قوله ولو وضع الرهن الخ اى بعد النخلة ليحقق الرهن بقبض المرتهن بالنخلة لسكنه لم يوضع على يد المرتهن بل وضع على يد العدل باتفاق من الراهن والمرتهن اعظمى (قوله وان كان الخ اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضى الدين وذلك حقه فله اسقاطه عنابه (قوله ليس عليه الخ اى لا يكفى مرتهن معه رهن ان يمكن الراهن من بيع الرهن شرح الوقايه

(قوله لانه اى الرهن يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لقواعد القبض وان كان الدين باقيا وان ابره عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلم ان كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل ينبغي ان لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا اهلك الرهن قيل التسليم لان حكم الرهن لا يبقى وليس كذلك كما مر من الشارح فكل الكلام متناقضا اجيب بانه يبقى احتمال استحقاق الحبس

لا احتمال ان يستحق المؤدى وح يظهر انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس فيوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل ع (قوله وليس للمرتهن الخ لان المالك رضى بحبسه لا بانتفاعه فاذا استعمله بوجه من هذه الوجوه كان غاصبا وضمن قيمته بالغة ما بلغت فان كان باذن المالك فلا ضمان عليه لان المجر لمحقه وقد رضى به ع (قوله ضمن وذلك لان الايدي تختلف بالحفظ والامانة والمالك لم يأذن له في ذلك فيضمن فالرهن بمنزلة الوديعة في يد فملا لا يجوز لوديعة من انتصرى فانه لا يجوز في الرهن وما جاز في الوديعة جاز في الرهن ع (قوله ضمنه الخ ثم ان قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يتقاصان بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا ولا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته

الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين (ولو اهلك في يد سقط الدين اذا كان به وقام بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستعماله ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له ان يبيع الا بتسليم من الراهن وليس له ان يوآجر ويبيع) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالنعدي قال (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وفادته النى في عياله) قال معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يد فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف) وقد بينا جميع ذلك بدلالة في الوديعة (واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالنعدي (فلورهنه خاتما فعمله في خنصره فهو ضامن) لانه متعدي بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه ليس باعتاد ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين او ثلاثة فمقلد هالم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس فوق خاتم ان كان هو من يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصله

ويكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم اصله فاذا اخل الاجل اخذت دينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنك الا ان يقضيه دينه لانه بدل الرهن فاعف محكمه زيلعى (قوله لم يضمن الخ ثم ينبغي ان يعرف ان المراد بعدم الضمان فيما بعد حفظا لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب لانه لا يضمن اصلا لانه مضمون بالدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالحاتم اذا جعله في اصبع لا يتختم به في العرف والعادة وكالثوب اذا القاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوى ع

(قوله واجرة الراعى في معناه اى في معنى الاتفاق في الما كل والشارب لانه علف الحيوان اى الاجير
سبب علف الحيوان لانه يوصل اليه به فاطلق اسم السبب على السبب فان قيل كما ان الراعى يسوق
الدابة الى العلف فكذلك يحفظها ايضا والحفظ على الموتون وان كان العلف على الراهن الا ترى
ان اجرة المر بطالدى باوى اليه الرهن على المرتن فيجب ان يكون الاجر عليهما نصفين قلنا الراعى
للاعلى للالحفظ الا ترى ان ١٧٤ السارق من المرعى لا يقطع ومن المناخ يقطع لان الحفظ

تبع والاجر بازاء الاصل
كالقن يقابل الرقبة دون
الاطراف كـ (قوله وسقى
الح اى ان كان الرهن بستانا
فيه شجر ونخل وكرم وليس
فيه ثمر وهو مما يشتر فسقيه
وتلقيح نخله وجذاده والقيام
بمصلحه على الراهن ع
(قوله اولرده الخ وجهه انه
ابق العبد المرهون فرده
انسان الى المرتن فالجمل
عليه كـ (قوله اولرده جزء منه
بان يبيخ عين الرهن
او يحدث به مرض آخر
فالمدارة على المرتن لان
رد كل الرهن واجب على
المرتن فكذلك جزؤه وفي
المدارة حفظ الجزء للرد
فيكون على المرتن كما
في الكل كـ (قوله والحفظ
واجب عليه وهذا لو شرط
الراهن شيئا للموتن على
الحفظ لا يصح ولا يستحقه
بخلاف الوديعة فان المودع
اذا شرط شيئا على الحفظ يصح
كـ (قوله والفداء من الجنابة
وهو الدين الذى يلحق
الراهن بالاموال التى
يضمنها بالاستهلاك اذا وجب

وتبقيته عليه لسا انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة
في ماكله ومشربه واجرة الراعى في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا
الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الراهن وسقى البستان وكرى
النهر وتلقيح نخيله وجذاده والقيام بمصلحه وكل ما كان لحفظه اولرده
اى يد المرتن اولرده جزء منه فهو على المرتن مثل اجرة الحافظ لان الامساك
حقله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذى
يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كراء
المادى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تبقيته ومن هذا القسم
جعل الآبق فانه على المرتن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى
كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن
والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى
الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعاة اليدويين
في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا
بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كل ما تجب على المرتن وان كان في قيمة
الرهن فضلا لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له
فما يجعل انما يلزمه لاجل الضمان فينتقد بقدر المضمون ومدارة الجراحة
ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجنابة تنقسم على المضمون
والامانة والحراج على الراهن خاصة لانه من موان الملك والعشر فيما
يخرج مقدم على حق المرتن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي
لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب
على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر
القاض رجس عليه كان صاحبه امر به لان ولاية القاض عامة ومن
اى حنيقة انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاض
وقال ابو يوسف انه يرجع في الرجوعين وهى فرع مسئلة الحجر والله اعلم

قلت في الرهن فان ذلك (جلد الثاني) (الهداية مع السكايه) ٢٧
والمرتن لان جنابة المضمون في يد الضامن تجر مجرى جنابة الضامن فيكون من ماله واما جنابة الامانة فانها
كجنابة الوديعة فيكون على الراهن ع (قوله ينقسم الخ فما كان من حصة المضمون فهو على المرتن وما كان من حصة
الامانة فهو على الراهن وذلك لان المرتن مصلح بذلك حقه الا ترى ان ما يفوت من الرهن ينذهب من دينه فاذا
عاسلمه الدين بكماله واذا كان في ذلك اصلاح حقه كان عليه واما حصة الامانة فالمرتن كالمودع فيكون على المالك ع

(قوله باب ما يجوز ارتثامه الخ لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتثامه والارتثام به وما لا يجوز اذا التفصيل انما يكون بعد الاجمال ت (قوله يجوز لان موجب الرهن استحقاق المبيع في الرهن والمشااع يجوز بيعه فيجوز رهنه في (قوله وهذا اي يد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يتحقق لان اليد حقيقة لا يثبت الاعلى جزء معين فان قيل كيف يستقيم هذا والشئ يورع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فبان من كان له على غيره عشرة فنفق اليه المليون ١٨٤٠٠ يساق فيه عشرون درهما

باب مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لايجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان اعمهما
يبنى على حكم الرهن فانه عقدنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور
فيما يتناول العقد وهو المشاع وعند المشاع يقبل ما هو الحكم هناك وهو تعينه
للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشترع الاقبضا
بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه
وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يقضى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزناه
في المشاع يغتور الدوام لانه لا بد من المأية فيصير كما اذا قال رهنك
يوما ويوما ولهذا لا يجوز فيما يعتمل القسمة وما لا يحتلها بخلاف الهبة
حيث تجوز فيما لا يعتمل القسمة لان المانع في الهبة فرامة القسمة وهو فيما
يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وان كان لا يعتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه
على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يهكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم
لرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما والاشروع الطارى يمنع بقاء الرهن في رواية
الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء
فاسبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء
والبقاء سواء كالمحرمة في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع
يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنقص الفرامة على ما بيناه
ولاحاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة
ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولارهن ثمرة على رؤس
النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل
في الارض دونها) لان المرهون متصل بماليس بمرهون خلقه فكان
في معنى الشائع (وكذا اذارهن الارض دون النخيل او دون الزرع
والنخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون
اذا كان متصلا بماليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون

ليستوفى حقه منه يصير
مستوفيا حقه من النصف
شائعا واذالم يمنع الشروع
حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع
ثبوت يد الاستيفاء قلنا
موجب حقيقة الاستيفاء ملك
عين المستوفى والشروع
لا يمنع الملك وموجب الرهن
يد الاستيفاء فقط ولا ينفق
في الجزء الشائع (قوله)
لا ينصرف الخ لان اليد تثبت
على غير المرهون وفيه فوات
حكمه ع (قوله) هو الحبس
الدائم اى من وقت العقد
الى وقت الفكاك لقوله تعالى
فرهان مقبوضة فهذا يقتضى
ان لا يكون مرهونا الا في حال
يكون مقبوضا فيه ولان
المقصر يد الرهن صيانة حق
المرتهن عن التوى بالجهود
واضجار الراهن لينسارع
الى قضاء الدين وانما يحصل
هذا المقصود به اى يد المرتهن
عليه بمعنى به استحقاق دوام
اليد لا وجود يد المرتهن حسا
وبلاعارة من الرهن او الغصب
لا يفوت الاستحقاق فلها
لا يبطل به الرهن وذلك
لا ينفق مع الشروع لانه

لا ينعقد مع الشئور لأنه
يحتاج الى المهايأة مع المالك في الامساك فيستفيع المالك يوما بحكم الملك ويحفظ المورتهن يوما بحكم
الرهن فهو بمنزلة قوله رهنك يوما ويوما لان (قوله وكل ذلك اى كل ما مر من قوله الامقبوض والنص
او بالنظر الى المقصود متعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن
من الاسترداد بما جسد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما
وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالمهرمية في النكاح

(قوله ان رهن الخ يعني ان النخل عبارة عن الهدن مع مكانه والشجر عبارة عن الخشب بموضعه الا ترى انه في غير موضعه جفع وليس بنخل فكأنه استثنى النخل مع مكانه من الارض فيصير رهنها لمساواة وذلك جائز وليس كذلك اذا استثنى البناء لان ذلك عبارة عن العمارة دون مكانها فيدمل مكانها في الرهن وهو مشغول بها فلا يصح واما اذا رهن الارض واستثنى النخل بموضعه جاز في قولهم جميعا لانه رهن ماسواه وذلك بقعة مجاورة لمكان النخل ﴿ ١٤٩ ﴾ فيصح فيها الرهن عن (قوله فيكون استثناء الخ اى فيكون استثناء الشجر استثناء للمثبت فكان

رهنها لما سوى المثبت من الارض وذلك جائز بخلاف رهن الارض دون البناء اذا البناء اسم للموضع على وجه الارض فكان ذلك رهنها بجميع الارض وذلك مشغول بملك الراهن ك (قوله وبخلاف المناع الخ يعني كما ان الثمر لا يدخل من غير ذكر في بيع النخل فكذلك لا يدخل المناع في رهن الدار من غير ذكر عن (قوله ولو رهن الخ اى لورهنها وما فيها دخل بينه وبين ذلك وهو خارج منها ثم الرهن لان الكل مرهون فتم القبض في الكل (قوله ان كان الباقي يجوز الخ وهو فيما اذا بقى الباقي شيئا معيناً غير مشاع بان كان المستحق موضعاً معيناً فرهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء مل (قوله والاى وان كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزاء شائعا او ما هو في معنى الشائع كاشهر ونحوه بقى الباقي مشاعاً فبطل الرهن لانه تبين بالاستحقة ان الرهن

وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جاز لان الشجر اسم للثابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير رهنها جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصفة (ولو كان فيه تمر يدخل في الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المناع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرتبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقربة) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنه بخصته والابطال كله) لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا مناعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلحق الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهناتها اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعاً في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجاً على دابة او لهما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنها حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعواري والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا ملك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما

وقع باطلاً ليلس (قوله ويمنع التسليم الخ * ٢٧ حتى لو اخرج الراهن مناعه وكان هو مع المرتهن فيها قائلاً سلمت اليك لا يكون تسليمها حتى يخرج ويقول سلمتها اليك ك (قوله لانه شاغل الخ فالحاصل انه لا يتم تسليم المشغول بالراهن او بملكه الا بازالة الشواغل بخلاف ما اذا كان الرهن شاغلاً لا مشغولاً حيث يتم تسليمه كما اذا رهن الحمل على دابة او المناع في دار او وعاء دون الدابة والدار والوعاء حيث يتم التسليم قبل اسقاط الحمل واخراج المناع عن الوعاء والدار لان المرهون فيها شاغل لا مشغول ك

(قوله والرهن بالدرك الخ صورته ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستعفه احد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استعفه احد وهو باطل حق لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استعق المبيع اولاع (قوله ولا استيفاء الخ فان الواجب هو الذي يستوفى وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استعق المبيع فلا يجب قبل الاستعقاق كقوله) واضافة الخ اى لا يصح الرهن مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معارضة فلا تحتل (٢٥٠) الاضافة لان اضافة التملك الى زمان في المستقبل لا تجوز لك

الاهيان المضمونة بعينها وهى ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبديل الخلع والمهر وبديل الصلح عن دم العبد يصح الرهن بها لان الضمان منقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التملك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلا التزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا القرضنى الى درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بهاسى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبشئ

الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم الرجاسة وبسبب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فينتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شئ) لانه لا اعتبار للمال فبقى قبضا بآذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والعلم وصار المرتهن مستوفيا للمدينة حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يجسه) لانه بدله فصار كالمغصوب

(قوله فلو قبضه اى لو قبض المشتري الرهن بالدرك قبل حلول الدرك فهلك الخ عيني (قوله لان الموعود جعل الخ فان الرجل يحتاج الى استقراض شئ وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض عيني (قوله باهتبار الحاجة فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا بلا شركة في الحاجة اجيب بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستعقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره ع (قوله كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقة في ايجاب الضمان ك (قوله فيضمنه اى المرتهن القابض على سوم الرهن عن الدين الموعود عيني

(قوله لان حكمه الخ اى ان الرهن اذا هلك كان المرتهن مستوفيا لدينه من الرهن واذا استيفاء غير رأس المال وبديل الصرف والمسلم فيه لا يجوز لان استبدال هذه الاشياء من غير جنسه لا يجوز عن (قوله حتى يجسه اى الاستيفاء رأس المال وان لم يكن رهنا به لان في الرهن بالمسلم فيه استيفاء له من وجه فصار كما لو استوفاه حقيقة ولو استوفاه حقيقة ثم تقابلا كان له ان يجسه لاستيفاء ما يقابله تحقيقا للمساواة في الاقالة التى هو فى معنى العقد فكذا اذا صار مستوفيا من وجه من

(قوله يهلك بالطعام الخ فعلى المرتهن ان يعطى مثل النسي كان له على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لانه يقبض المال صارت ماله مضمون بطعام السلم وقد بقى حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا يلزمه رد المستوفى لاسترداد رأس المال فكذلك ههنا لان الاقالة في باب السلم لا تجتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة وانما جعله هالكا بالطعام لابرأس المال لانه ليس برهن به ولكنه ٢٢١ محبوس به لما قلنا ويجوز ان يذكرن الشيء محبوسا بالشئ ولا يكون مضمونا به

اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمة (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيعه ان يعجسه لاخذ المبيع لان الثمن بدل ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا الواشترى عبدا شراء فاسد او ادى ثمنه له ان يعجسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته قال (ولا يجوز رهن الحر والمهر والمكاتب وام الولد) لان حكم الرهن فهو يرد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقيين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وامادونها لتوفر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء (ولا باجرة الناجعة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابله شيء مضمون (ولا يجوز للمسلم ان يرهن غمرا او يرتنه من مسلم او ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالرهن مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك في ذميا بينهم لانها مال في حقهم اما المينة فليست بمال هدم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او غلا او شاة من بوحه ثم ظهر العبد مرارا والخل غمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لادين فالرهن مضمون) وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب ان

(قوله لتعذر الايفاء والاستيفاء اي لان الرهن للايفاء والاستيفاء والمسلم لا يملك الايفاء اذا كان هو الراهن ولا يمكن الاستيفاء اذا كان هو المرتهن عن (قوله بدين واجب ظاهرا الا ترى ان البايع والمشتري لو اختلفا الى القاضي قبل ظهور الحريه والاستحقاق فالقاضي يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولغيره مضموناع (قوله وكذا اذا صالح الخ لان الارتهان حصل بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر عن

(قوله لانه يملك الايداع اى على وجه لا يكون مضمونا على المودع فلان يكون بسبيل من الايداع على وجه يكون مضمونا على المودع اولى كفايه (قوله لما بينا وهو قوله لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه ك (قوله اعتبارا الخ اى انه قضى دين نفسه من مال ابنه وليس له ذلك بيانه ان الاب ليس له حقيقة الايفاء بان يوفى دينه من مال الصغير فليس له ان يؤتى ماله بجهة الايفاء لان الرهن محبوس بجهة الاستيفاء عن (قوله وكذا لو سلت الخ اى كما يجوز لهما ان يرهنا ﴿ ٤٢٢ ﴾

بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز لهما ان يسلطا للمرتن على بيع ذلك العبد نست (قوله لاتقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير ان على المشتري ع (قوله وكذا وكيل البائع الخ يعنى اذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما خلافا لابي يوسف (قوله من حيث وجوب الخ اى من حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي وفي البيع كذلك فانه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله ك (قوله لادين عليه انما قيد به لان الشبهة انما ترد فيها اذا لم يكن على العبد دين لانه ح يكون بمنزلة ان يرهنه من نفسه لان كسب عبده الذى لادين عليه له ولكن غير مانع لما ذكرنا انه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذلك هنا واما اذا كان على العبد دين فلا شك

يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه يملك الايداع وهذا النظر في حق الصبي منه لان قيام المرتن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يملك مضمونا والوديعة تملك امانة والوصى بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفرانه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاسحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نص حافظ لماله ناجز اعم بقاء ملكه فوضع الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتن مستوفيا دينه لو هلك في يدك ويصير الاب) او الوصى (موقباة ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلت المرتن على بيعه لانه توكل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصى اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لاتقع المقاصة وكذا وكيل الهائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه ارمن ابن له صغيرا وعبد له تاجر لادين عليه جاز لان الاب لو فور شققته انزل منزلة شخصين واقيدت عبارته مقام عاريتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (ولو ارتهن الوصى من نفسه او من هذين ادرهن عياله من اللينيم بحق للينيم عليه لم يجز) لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفى العقد في الرهن كما لا ينولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه المحالة بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده القاصر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولانهم في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى للينيم في كرهته وطعاه فرهن به متاعا للينيم جاز) لان الاستدانة جائزة للمعاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر للينيم فارتن ادرهن) لان الاولى

في جواز الرهن حتى ان الوصى يشارك الاب في جواز الرهن في هذه الصورة ك (قوله كما في بيع الخ اى هذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقينة واما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه ع (له التجارة)

(قوله) واذا رهن الاب الخ اطلق رهن الاب منافع الصغير فادرك ولم يذكر انه رهن لدين الصغير او لدين نفسه
لان هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين ان يكون الدين دين الصغير او دين الاب وقوله ومات الاب قيد اتفاقي
وكذلك ذكر الاب ليس بقيد لان هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل اداء الدين اذا بلغ لا يختلف
بين ان يكون الراهن ابا او وصيا للصغير ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه واذا رهن الاب مالا لولده وهو صغير
فادرك فاراد الرهن ليس ٤٣٣ له ذلك لان الوصي لورهن مال الصغير اما بدينه او

بدين الصغير ثم بلغ الصغير
فاراد ان يرد ذلك لم يكن
له ذلك فاذا فعله الاب وانه
اعم ولاية اولى كـ (قوله)
فقضاء الخ اي اذا قضى الابن
دين المرتهن فان كان الرهن
لنفسه فذلك وان كان للاب
فله ان يرجع في مال الدلالة
مضطر فيه عـ (قوله) لاشتمال
الخ يريد انه لما ملك ان
يرهن بدين كل واحد منهما
على الانفرد ملك بدينهما
لان كل ما جاز ان يثبت لكل
واحد من اجزاء المركب جاز
ان يثبت لكل دون العكس
عـ (قوله) وكذلك الوصي
اي اذا رهن منافع الصغير
ليس له ان يسترد للرهن
حتى يقضى الدين بعد
البلوغ عـ (قوله) والحكم
فيه هذا يعني لو كان اليتيم
بالغاف رهن مقاعه بنفسه ثم
استعاره من المرتهن فملك في
يد له يسقط الدين لان عند
هلاك الرهن بصير المرتهن
مستوفيا ولا يمكن ان يجعل
صاحب الدين مستوفيا دينه
باعتبار يد المدين كـ
(قوله) والحكم فيه هذا اي
الحكم في فعل اليتيم بعد

له التجارة تشهير المال باليتيم فلا يجدي من الارتهان والرهن لانه ابقاء
واستيفاء (واذا رهن الاب منافع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن
ان يرده حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة
تصرفه بنفسه بعد البلوغ اقبائه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الابن
رجع به في مال الاب) لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبهه معير الرهن
(وكذا اذا هلك قبل ان يفككه) لان الاب بصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع
عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين
حافزين (فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للملك) لا يفتاه دينه من ماله بهذا
المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذ لم يكن الاب او وصي
الاب (ولو رهن الوصي منافع اليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن
ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن
وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره
لحاجة العبي والمحكم فيه هذا على ما نبينه (والمال دين على الوصي) معناه هو
المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة
اذهى لحاجة الصبي (لو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعد اذ ليس له
ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة
نفسه حتى هلك عده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعد في حق المرتهن
بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقتضى به
الدين ان كان قد عمل (فان كانت قيمته مثل الدين اذاه الى المرتهن ولا يرجع
على اليتيم) لانه وجب لليقيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا
(وان كانت قيمته اقل) من الدين (ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى
الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة
الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليقيم وان
كان لم يعمل الدين فالقيمة رهن) لانه ضامن للمرتهن بنفويته محقه المحترم

البلوغ هذا هو انه يملك من ماله اذ رهنه فاستعاره فملك في يد عـ (قوله) على ما نبينه اي في باب
التصرف في الرهن عند قوله واذا اعار المرتهن الرهن حيث قال فان هلك في يد الراهن وهلك
بغير شيء لغوات القبض المضمون عـ (قوله) ادى قدر الدين وهذا هو الصواب وفي عامة النسخ
قدر القيمة الى المرتهن وهذا هو وقع من الكاتب وهذا ظاهر لا غناء فيه لاحد كـ

(قوله يأخذ به دينه أي يأخذ المرتهن ماضيه الوص بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستيناف ع (قوله لأنه ليس بمتعدي لأنه قضى دين الصغير ولم يوجد منه التعدي في حق الصغير لأن عمله وقع لأجل الصغير ع) قوله ويجوز الخ قد عرفت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والdraهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما ع (قوله وتكون رهنا الخ لأنه لو صار مستوفيا ينضّر المرتهن فالأصل عنه أن حالة الهلاك حالة الاستهلاك والاستيفاء إنما يكون بالوزن وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء إذا لم يقض إلى الضرر ك (قوله فهو بمافيها الهام في فيه راجعة إلى الرهن أي يملك الرهن بالدين الذي في الرهن وصار كان الدين في الرهن من حيث المالبة حميدية (قوله في الثاني وهو ما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من وزنه ع) قوله فهو على الخلاف أي عند أبي حنيفة يصير مستوفيا بالوزن لأن استيفاء الجيد بالردى صحيح اتفاقا فاما عندهما فإنه يضمن قيمته وتكون رهنا مكانه ويرجع بالدين ع (قوله يؤدي إلى الربو لأنه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا ك (قوله لينتقض القبض لا يقال بأن القبض قد انتقض لغوات المحل وهو فعل حسي فلا يتصور بدون المحل لانا نقول القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء ولم يوجد أحدهما فيكون القبض باقيا حكما وإن فات المحل فيصار إلى التضمين بخلاف الجنس ليعتد القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض ك (قوله ثم يملكه أي ثم يفتكه الرهن بقضاء الدين فيتملكه أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول ك (قوله واستيفاء الجيد الخ أي استيفاء شخص جيد بواسطة استيفاء الردى مكانه ع

﴿ ٢٤ ٢٥ ﴾

فتكون رهنا عندك ثم إذا حل لأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمننا لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدي وكذا الأخذ لأن له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذ به دينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بمتعدي بل هو عامل له وإن كان لم يعمل يكون رهنا عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ به دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والكيل والموزون) لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنتم بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر بالجودة) عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عندك يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون الغيبة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير فإن رهن أبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاخ فهو بمافيها) قال رضى الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عندك باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لمافيها من الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربو فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردى جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقض ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب

(ومطالب)

يكون بالوزن وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء إذا لم يقض إلى الضرر ك (قوله فهو بمافيها الهام في فيه راجعة إلى الرهن أي يملك الرهن بالدين الذي في الرهن وصار كان الدين في الرهن من حيث المالبة حميدية (قوله في الثاني وهو ما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من وزنه ع) قوله فهو على الخلاف أي عند أبي حنيفة يصير مستوفيا بالوزن لأن استيفاء الجيد بالردى صحيح اتفاقا فاما عندهما فإنه يضمن قيمته وتكون رهنا مكانه ويرجع بالدين ع (قوله يؤدي إلى الربو لأنه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا ك (قوله لينتقض القبض لا يقال بأن القبض قد انتقض لغوات المحل وهو فعل حسي فلا يتصور بدون المحل لانا نقول القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء ولم يوجد أحدهما فيكون القبض باقيا حكما وإن فات المحل فيصار إلى التضمين بخلاف الجنس ليعتد القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض ك (قوله ثم يملكه أي ثم يفتكه الرهن بقضاء الدين فيتملكه أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول ك (قوله واستيفاء الجيد الخ أي استيفاء شخص جيد بواسطة استيفاء الردى مكانه ع

أحدهما فيكون القبض باقيا حكما وإن فات المحل فيصار إلى التضمين بخلاف الجنس ليعتد القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض ك (قوله ثم يملكه أي ثم يفتكه الرهن بقضاء الدين فيتملكه أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول ك (قوله واستيفاء الجيد الخ أي استيفاء شخص جيد بواسطة استيفاء الردى مكانه ع

(قوله وكذا الانسان الخ يعني لا يمكن ان يقال ايضا المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار المستوفى ملكا له ومن المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقص كـ
(قوله وهو معروف فانه يسقط دينه ولا شيء عليه في قوله ابي حنيفة وقال ابو يوسف يضمن مثل ما قبض
ويأخذ مثل حقه وقول محمد ولا كقول ابي حنيفة واخرا كقول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح
ان هذه المسئلة مبتدأة لان محمد ☉ ٢٢٥ ☉ مع ابي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع ابي يوسف
في هذه المسئلة كـ (قوله

والفرق لمحمد اى على تقدير
ان لا تكون هذه المسئلة بناء
على تلك المسئلة كما هو
مقتضى الرواية المشهورة
فيها بل كانت مسئلة مبتدأة
كما هو الاصح على ما ذكره
شيخ الاسلام في المبسوط ونقل
عنه عامة المشايخ ههنا نت
(قوله ولو انكسر الابريق
الخ كان الكلام فيما مومن
حيث هلك الرهن وههنا من
حيث انكساره عـ (قوله ان
شاء افنكه بما فيه اى افنك
الراهن الابريق المتكسر
ناقصا كما هو بالدين الذى هو
مروهون فيه يعنى بجميع الدين
معناه ان الراهن يفك رهنه
اى يخلصه باداء جميع الدين
الى المرتهن عن (قوله
وطريقه الخ اى طريق
صيرورته مضمونا بالدين ان
يجعل مضمونا بالقيمة بقدر
الدين لانه عقد استيفاء
وسقوط الدين في الاستيفاء
الحقيقى باعتبار ان يجعل
مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع
المقاصة بين ماله وما عليه
فكذا في الاستيفاء المحكمى
وجعله مضمونا بالدين في

وطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر
النقص وقيل هذه فريضة ما اذا استوفى الزبوى في مكان الجياد
فهلك ثم علم بالريافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما
هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف
والفرق لمحمد انه قبض الزبوى ليستوفى من عينها والريافة لا تمنع
الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا
بد من نقص القبض وقد امكن عند التضمين ولو انكسر الابريق
ففى الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة
وابي يوسف لا يجبر على الفكك لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من
الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفنكه مع
النقصان لما فيه من الضرر فغيرناه ان شاء افنكه بما فيه وان شاء ضمنه
قيمه من جنسه او غلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور
للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افنكه ناقصا وان شاء جعله بالدين
اعتبارا لماله الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكك مجاننا صار
بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما
هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون
مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفى جعله بالدين اغلاق الرهن وهو
حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة اولى وفى الوجه الثالث وهو ما اذا
كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه
او ردبا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر
وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه
اثنى عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة
للوزن عنده لا للجودة والرداء فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا
يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات

مال قيام الرهن يؤدى الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلى مردود فى الشرع قصرنا الى التضمين
بالقيمة لانه لا يسودى الى الاغلاق لان انتقال حكم الرهن الى مثله كـ (قوله اقل من وزنه بان يكون
الوزن عشرة كالدين وقيمه ثمانية لوجود غش فيه عـ (قوله والهلاك عند الخ فعندك فى هذا الوجه
لوهلك يضمن المرتهن قيمته ولا يصير مستوفيا لمكان الربوا او للضرر فكذا اذا انكسر كفايه

(قوله استعمال الخ والفرق بين حالة الهلاك وحالة الانكسار ان حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها هلى خلاف رضا الرهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمفصوب لكن بخلاف جنسه ع (قوله يضمن الخ يصير خمسة اسداس الابر يق مضمونا لجودته وصنعه وسدس امانة فالنغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء وعنده فيضمن قيمة خمسة اسداس من خلاف جنسه ع ٢٦٦ ٢٦٧ (قوله حتى لا يبقى الخ لان الشروع الطارى في ظاهر الرواية كالشروع المقارن لما مرهون ابي يوسف ان الشروع الطارى لا يمنع فلا يحتاج الى التميز ك (قوله وفي بيان قول محمد الخ عند محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يجبر الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين وهذا لان الوزن مضون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع في مقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضموبا بالدين ويغير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة فالرهن المضمون

ومنى صار الاصل مضمونا استعمال ان يكون التابع امانة وعنده ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابر يق له بالاضمان وسدس يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة اسداس التمسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثناعشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بهنسا سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا هلى ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز) استحسننا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منى عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقدان ومنفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقدان الكفالة والرهن الاستيثاق وان يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه معنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افرق قال يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صبح (ولو امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن الباق بالخيار ان غامضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه رضى الابيه فيغير بفوات (الا ان يدفع المشتري الثمن حالا) لمحصل المقصود (او يدفع قيمة الرهن رهنا) لان بد الاستيفاء ثبت هلى المعنى وهو القيمة قال (ومن اشترى ثوبا بدرهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن) لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء

باق على حالة الرهن فيجبر الراهن على الفكك كانه لم ينقص منه شىء واهل ان الدرهم او الدرهمين ليس بعد فاصل في ذلك وانما الفاصل النقصان بقدر الضياعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان باعتبار ان الزيادة في المسئلة المفروضة كذلك ع (قوله كالوكالة المشروطة اى كما اذا وكل الراهن العمل او المرتن بيع المرهون عند حلول الدين فالوكالة لازمة ولا يملك الراهن عزله عنها ك

قول لما علم اي يد امساك الثوب الى وقت اعطاه الثمن علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم
في وقت الفك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد التصريح بلفظه فكانه
قبل رهنك بالثمن الا ترى انه لو قال ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله بعثك بالعشرة **سواءك** (قوله فصل
لذكر حكم رهن الواحد شرع في بيان الرهن او الراهن او المرتهن اذا كان اثنين لان الواحد قبل الاثنين عن
قوله وصار كالبيع الخ اي اذا **٢٧** نقد المشتري بعض الثمن واردن بأخذ بعض المبيع لا يملك
أذلك فكذا ههنا والجامع ان

والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط برآءة الاصيل حوالة
والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله
امساك يعتدل الرهن ويعتدل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما
اذا قال امسكه يد يترك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا
لما علم الى الاعطاء علم ان مراده الرهن **(فصل - ل)** ومن رهن عبيدين
بالم فنفى حصه احد هما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصه
كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس
بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في جملة على قضاء الدين
وصار كالبيع في يد البائع فان سمي اكل واحد من اعيان الرهن شيئا من
المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان
يقبضه اذا أدى ما سمي له وجه الاول ان العقد متجذلا يتفرق بالتسمية
كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العبدتين لا يصير
شروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال (فان
رهن عينا واحدا عند رجلين يدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعهما
رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة
واحدة ولا شوب فيه وموجه صيرورته محتمسا بالدين وهذا لا يقبل
الوصف بالجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من
رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة (فان تهايبا فكل واحد منهما في
نوبته كالعقل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته
من الدين) لان عند الهلاك بصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ
الاستيفاء ما ينجزي قال (فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر)
لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى
هذا حبس البيع اذا أدى احد المشتريين حصته من الثمن قال
وان رهن رجلان يدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن

كل واحد من المبيع والمهون
محبوس بكل الدين والثمن
فيكون محبوسا بكل جزء من
اجزائه ليكون حاملا على
قضاءهما **ك** (قوله ان العقد
متحد يعني انه عقد واحد
وليس بعقدين لاتحاد
الايجاب والقبول والتفصيل
في الدين لا يجمع له
في معنى عقدين كالبيع
المضاف الى المحلين لا يكون
بيعين عند تفصيل الثمن
حتى لو اراد المشتري ان
يقبل العقد في احدهما دون
الآخر لم يصح فكذا في الرهن
لان الدين في الرهن كالثمن
في البيع لتعلق الرهن به عن
(قوله لا حاجة الخ يعني
ان البيع لا يتفرق بتفرق
التسمية عند اتحاد العاقدين
والرهن يتفرق ولهذا لو قبل
المشتري البيع في احدهما
دون الآخر لا يصح ولو قبل
المرتهن العقد في احدهما
عند تفرق التسمية صح
وانما افرقا لان ضم الردي
الى الجيد متعارف في البيع
فلو تفرق البيع بتفرق

النسبة صح وكان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد فينتضر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية
لا ينتضر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت في ذلك اذ هو مضمون بما قابله من الدين سواء كان وحدا ومع غيره ولان
في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما
الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة **ك** (قوله الا يرى الخ توضيح لذلك فانه لما يتمكن
المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء ع

(قوله فان اقام الغ صرة المسئلة رجل في يد عهد فادعاه رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد قد رهنتمني درهم وقبضته منك ثم اخذت مني بطريق العارية او الغصب واقاما البينة على ما ادعيا فهو باطل لك (قوله الذي في يد وجهه ان العبد اما ان يكون في ايدهما في يد احدهما والا في يد احدهما فان كان في يد احدهما اولى به لان تمكينه من القبض دليل سبق عقد كافي الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر ببينته انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة فان لم يكن في يد واحد منهما فهو ٤٢٨ المذكور في الكتاب وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم ففيه التماثل (قوله انه يكون رهنالهما الغ اي انه يجوز ان يكون الشيء رهنا عند رجلين فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه عن (قوله وجعل الغ قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال في كتاب الشهادات ان الرهن في القياس باطل وفي الاستحسان جائز وبالقياص نأخذ عن (قوله وبهذا القضاء الغ اي لوجه لئلا يجرى كالرهن من اثنين لقصديناه بكل واحد منهما يحبس هو طريق الى شطره والحكم بخلاف الحجة بالمال (قوله ان العقد الغ يعني ان المقصود بعدموت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما اثبت لنفسه الاختصاص بالعين حتى يباعه في دينه وهذا مما يعتل الشركة فيقتض لكل واحد منهما بالنصف فاما في حالة الحيوة

رهن بكل الدين فلم يرتفع ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع (فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عهد الذي في يد وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستعمل ان يكون كله رهنا لهذا كله رهنا لذلك في ماله واحدة ولا الى القضاء بأكمله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشروع فتعذر العمل بهما وتعين التنازل ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا اذ جعل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لاننا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلاهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اذنه لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال (ولومات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما صفنا كان في يد كل واحد منهما نصف رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشروع كافي حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراذلناه وانما يراد الحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشروع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشروع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاوتت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهما بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز قال مالك لا يجوز) ذكر قوله في

المقصود هو الحبس واما لا يعتل الشركة في العين اذا الشائع لا يدوم حبسه (قوله باب الرهن الغ ذكر حكم الرهن اذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان في يد العدل وهو الذي يثق الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده فانه نائب عن المرتهن والنائب يثق الموثوق عن (قوله لا يجوز قال المصنف في اول الكتاب وقال مالك يلزم بنفس العقد اذا كان كذلك ينبغي ان لا يشترط قبض العدل اصلا ويجوز ان يكون عن مالك روايتان في اشتراط القبض في الرهن عن

قوله ولهذا يرجع العدل الخ يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استعق وضمن العدل قيمته يرجع
الى الراهن بما ضمن ولولم يكن بيد الراهن لم يرجع ع (قوله ان يد الخ يعني ان قبض العدل كقبض
المرتحن فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن على الصورة امانة وعلى المعنى مضمون فكانت يد
الخ (قوله) لانه نائب عنه الخ اى العدل في حق العين نائب عن الراهن وفي حق المالبة نائب عن
الخ (قوله) كانت العبرة للعين ٤٢٩ لان العين هو الاصل فلذلك يرجع بضمان الاستحقاق على
الراهن دون المرتحن ك

(قوله كالمودع اذا ضمن
قيمة الوديعة بعد الهلاك
بالاستحقاق يرجع الى
المودع لان يد المودع
يد المودع ع (قوله لانه
يصير قاضيا الخ اى لان
القيمة وجبت دينيا فذمتها
ولوجعلها رهنا في يد صار
الواحد قاضيا ومقتضيا ما عليه
وبينهما تنافى ك(قوله يرفع
احدهما برفع الدال اى
يرفع الامر الى القاضى احد
هذين المذكورين وهما
الراهن والمرتحن حتى
ياخذ القيمة من العدل
ويضعها رهنا عنده وظن
بعضهم ان احدهما منصوب
على معنى ان العدل يرفع
احدهما وذلك لبس بشئ
لان العدل هو الضامن
للقيمة فيعيد ان يرفع
الضامن لمطالبة نفسه المحص
الى القاضى ع (قوله فلا
يجتمع البديل الخ فلو
اخذها احدهما اجتمع البديل
والمبديل في ملك شخص
واحد فان القيمة بمبديل

بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق
فانضم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين
امانة وفي حق المالبة يد المرتحن لان يده بضمان والمضمون هو المالبة
فنزول منزلة الشخصين تحقيقا لما قصده من الرهن وانما يرجع العدل
على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال
(وليس للمرتحن ولا للراهن ان ياخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ
بهين وامانته وتعلق حق المرتحن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال
حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتحن) لان يده في حق
المالبة يد المرتحن وهي المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن او المرتحن ضمن)
لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتحن في حق المالبة واحدهما
اجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (واذا ضمن العدل
قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك
في يده لا يقدّر ان يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا
وبينهما تنافى لكن يتفقان على ان ياخذها منه ويجعلها رهنا عنده
او عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضى ليفعل
كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة لو وصول المرهون الى الراهن ووصول
الدين الى المرتحن فلا يجتمع البديل والمبديل في ملك واحد (وان كان ضمنها
بالدفع الى المرتحن فالراهن ياخذ القيمة) منه لان العين لو كانت قائمة
في يدك ياخذها اذا أدى الدين فكذلك ياخذ مقام مقامها ولا جمع فيه
بين البديل والمبديل قال (واذا ركل الراهن المرتحن او العدل او غيرهما
بيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه توكل ببيع ماله
(ان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل)
لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من
مقوله الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به

رهن من حيث العين في حق الراهن وبطله من حيث المالبة في حق المرتحن ع (قوله لانه توكل
هذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان بالجواز احق
منه تعلق الوكالة بالشرط لكنهما اسقاط والاستقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف
في العين لمحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه ك

(قوله كالوكيل بالخصومة الغاي اذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعى لايملك عزله بغير محضر من الخصم لانه يتعلق به حق المدعى كـ (قوله لانه لازم الغاي لان عقد الوكالة صار لازما بلزوم اصله لكونه مشروطا في عقد الرهن فلزم اصله فكذلك الزم وصفه وهو الاطلاق حيث لم تقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة (قوله انما يبطل لحق الورثة كما في سائر الوكالات تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك الى الورثة (قوله فيبقى بحقوقه الغاي المحقوق المحبس والاستيفاء والوكالة ﴿ ٤٣٥ ﴾ والاوصاف للزوم وجبر الوكيل

حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لانه لازم باصله فكندا بوصفه لما ذكرنا (وكندا اذا عزله المرتهن لا ينعزل) لانه لم يوكله وانما وكله غيره (وان مات الراهن لم ينعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احد مما فيبقى بحقوقه واوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجري فيها الارث لان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن ابي يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب اذا مات بعدما صار رأس المال اعيانا يملك وصى المضارب بيعها لانه لازم بعدما صار اعيانا قلنا فالوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى ببيعه (وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن) لان المرتهن احق بما ليه من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وابي الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابي ان يغاصم اجبر على الخصومة) للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتقوى حقه اما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط به قبل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ره ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل (اذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقامه

وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كـ (قوله ان يبيعه الغاي وان باعه بغير اذنه توقف على اجازة صاحبه فان اجازة جاز ويكون الثمن رهنا وان لم يجزه لا يجوز البيع وله ان يبطله ويعيده رهنا ع (قوله اجبر على بيعه وكيفية الاجبار ان يجبره القاضي اياما لبيع فان لم يبيع بعد الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل ابي حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين جهة البيع لقضاء الدين وهذا وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المدين عند قضاء الدين ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كالاختيار كـ (قوله وكذلك الرجل الغاي اي رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلا بخصومة بطلب المدعى فغاب الموكل وابي الوكيل ان يغاصمه فانه يجبر كـ (قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يجبر لولا امتنع عن البيع لان الوكيل بالبيع اذا امتنع البيع لا يتضرره الموكل لانه يتمكن من البيع بنفسه كـ (قوله اطلاق الجواب في الجامع الخ حيث قال فيه اذا ابي الوكيل من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لم يكن وكندا ذكر في الاصل مطلقا ع

(ما كان)

(قوله وان كان الخ جواب اشكال مقدر وهو ان يقال ان قيمة العبد ضمان الدم بدليل انه نيقص
منه عن دية الحر فاذا كان ضمان الدم والدم ليس بمملوك له ولا يصح رهنه فكذلك بدله واستعاق
المالك اياه لا يدل على انه ضمان المال كالدية فالجواب وان كان بذل الدم فان المالك يستحقه
باعتبار انه ضمان ماليته
٤٣١

فاخذكم ضمان المال في حق
المستحق وهو المولى بخلاف
الدية لان الضمان فيه
لا يستحق باعتبار المالية
اذ ليس فيه ثبوت المالية
وهنا المالية متحققة وهي
حق المالك فبالقتل يتلقى
حقه فاخذ بهذا الاعتبار
حكم ضمان المال وان كان
بذل الدم ك(قوله وليس له
اي ليس للعدل ان يضمن
المرتون غير الثمن الذي
اداه اليه ع (قوله ففي
الوجه الاول اي فيما اذا كان
المرهون المبيع هالك ع
(قوله وصح الاقتضاء اي
قبض المرتون الثمن
بمقابلة دينه ك (قوله
وصح الاقتضاء اي استيقاض
المرتون الثمن بدينه ك
(قوله فاذا تبين انه ملكه
اي ملك العدل لم يكن
راضيا اي لم يكن العدل
راضيا باداء الثمن الى
المرتون ك (قوله فله
اي فللعدل ان يرجع
بالثمن الذي اداه الى
المرتون على المرتون ك

ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتون لبقاء عقد الرهن في الثمن
لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك واذا قفل العبد الرهن وغرم
الغانل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بذل الدم
ياخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله
عبد فنفى به لانه قائم مقام الاول لهما ودما قال (وان باع العدل الرهن
فادى المرتون الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء
ضمن وان شاء ضمن المرتون الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره)
وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما
ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه
غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم
غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم
فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امره بببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له
فيرجع عليه بمالحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع
المرتون عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتون بالثمن لانه
تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه الله على حساب ان ملك الراهن فاذا
تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل
الاقتضاء فيرجع المرتون على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو
ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذ منه من يده لانه
وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد
فتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وانما
اداه ليس له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه

(قوله وانما اداه الخ اي انما ادى المشتري الثمن الى العدل ليس للمشتري المبيع ولم يسلم
ع (قوله لانه هو الذي الخ اي لان الراهن هو الذي ادخله في هذه الورطة فاذا ضمن بفعل باشر لاجله
كان له ان يرجع عليه بما ضمن ع

(قوله فبقى الضمان على المؤكل والمراد بالمؤكل المرتهن وسماه مؤكلا لان البيع وقع لاجله وبالضمان المراد
اوبالمؤكل الراهن وبالضمان الدين (قوله لانه لم يتعلق الخ اى لان التوكيل بعد العقد انما يقع لحق
الراهن خاصة دون حق المرتهن الا ترى ان المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع ولا يمنع الراهن
من عزله واذا وقعت الوكالة خاصة لحق الرهن لم يثبت الرجوع على غيره وصار كمن وكل رجلا ببيع شيء
وان يقضى منه دينه ففعل ثم لزمه ضمان لم يرجع ﴿ ٤٣٢ ﴾ على المقتضى وليس كذلك الوكالة

المشروطة في الرهن لانه
لحق المرتهن بدلالة انه
يملك المطالبة بالبيع ويمنع
الراهن من العزل فاذا وقع
البيع في حقه وسلم له غرضه
جاز ان يلزمه الضمان كذا
ذكره القدوري في شرحه ع
(قوله متعدي في حقه اى متعدي
في حق المستحق اما الراهن
فبتسليم الرهن الى المرتهن
واما المرتهن فبالقبض فصار
الراهن كالفاسد والمرتهن
كغاصب الغاصب ان يضمن
فله ايها شاء ع (قوله فلانه
مغرور الخ والمغرور يرجع
على الغار بما لحقه من الضمان
كما يرجع المستاجر على
المؤجر والمودع على المودع ك
(قوله فلانه انتقض الخ
اى اما الرجوع بالدين
لم يصح مستوفيا لدينه بهلاك
الرهن لان الرهن لم يكن
ملك الراهن ع (قوله متأخر
الخ ولا يشكل ان راس مال
المضاربة اذا استحق وضمنه
المضارب فانه يرجع على
رب المال والمضاربة نافذة
وان كان الملك متأخرا عن
هقد المضاربة لما ذكرتم

ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك
متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فله حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه
نشأ العقد بعد الرجوع فنقدت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء ع (قوله فغلاي
الوجه الاول يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن ع (قوله طولنا الكلام الخ قيل مراده مسئلة
المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن ع

(باب)

(قوله باب التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الراهن على غيره ذكره عقب مسائل الرهن لان كل ترتيب يجب طبعاً يجب وضعاً للمناسبة ع (قوله فالبيع موقوف المتعلق لفظ محمد في بيع المرهون في بعض المواضع قال باطل وفي بعضها قال فاسد ومعناها سيئ بطله وسيفسده القاضى اذا طلب المشتري التسليم والى المرتهن في بعض المواضع قال موقوف وهو الصحيح ع (قوله فيتوقف البيع موقوف عن ابي يوسف ٣٣٣ في الامالى ان البيع نافذ حتى ان المشتري لو اعنته قبل القبض بنفذ عتقه واذا لم يعتقه المشتري

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغريم به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتق على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث متعلق حقهم به (فان اجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جاز ايضاً) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المثل (واذا نفذ البيع باجازه المرتهن ينتقل حقه الى بده هو الصحيح) لان حقه يتعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل نصار كالعبد المدينون المأذون اذا بيع برضاه الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأينا فكذا هذا (وان لم يجر المرتهن البيع

وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افنتك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالملك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفاً فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى ان يفسخ لغرات القدرة على التسليم ولاية الفسخ الى القاضى لاليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من

رجل ثم باعه ببعثانين من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضاً على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر او هب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لاحقه في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن الندي في الاجارة بدل

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٢٨ ويصح هوع (قوله هذه العقود اى الاجارة او الرهن او الهبة دون البيع والاصل ان تصرف الراهن في الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازه المرتهن واذا اجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفاً يصلح حقاً للمرتهن ينفذ باجازه المرتهن التصرف الندي لحقه الاجارة وان كان تصرفاً لا يصلح حقاً للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن اجاز اللاحق ك

(قوله وفي بعض اقوال الشافعي الخ ذكر اقواله بلفظ الجمع لان له اقوالا ثلاثة ههنا واحد اقواله معقولة وفي قول آخر لا ينفذ الخ كـ) (قوله لان في تنفيذه الخ اي لانه تصرف يلاقى حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق واذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية حق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه اولى كـ) (قوله لان الاجارة الخ لان المنافع عند ملحقة بالاعيان في حق قبول العقد

٤٣٤

والضمان والمولى بالاجارة باع منافع العبد مدة معلومة ثم اعتقه فيبقى الاجارة كما اذا باع نصف العبد ثم اعتق الباقي اما الحر فلا يقبل الرهن فلا يبقى بعد العتق فافترقا (قوله لقيام المقنض وهو سبب الملك كالشراء والارث ونحوها فكان الملك ثابتا للراهن رقة ويد اوزوال الملك بد الضرورة عارض الرهن والضرورة تنفذع بازاله الملك اليد فيكون ملك الرقة باقيا كما كان وملك الرقة كافي لصحة الاعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره وقوله تصرف يلاقى حق المرتهن بالابطال قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق ففضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ فبرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق لانها اقوى كـ) (قوله لا ينيب عن زواله لان موجب عقد الرهن امانته ويد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا وحق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن فاذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق كـ) (قوله لان ملك الرقة اقوى اي من حق المرتهن لان له ملك اليد والرقة ولنا ملك اليد فقط فان لم يمنع الاقوى الاعتاق فلان لا يمنع الادنى اولى كـ) (قوله وامتناع النفاذ الخ دفع دخل تقريره ل مجرد تعلق حق المرتهن لم لا يكون مانعا من نفاذ العتق كما يمنع نفاذ البيع والهبة ل

المسقة لا بدل العين وحقه في مالبة العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضع الفرق قال (ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذا المر يقبها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب باعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقة لقيام المقنض وعارض الرهن لا ينيب عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقة باعناقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لان عدم القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن افترت محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالاطوب باداء الدين) لانه لو طولب القيدة نفع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيدة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لان سبب الضمان متحققة وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الحراج بالضمان قال وتأويله اذا كانت القيدة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر) لانه قض دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق (لانه)

العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن فاذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق كـ) (قوله لان ملك الرقة اقوى اي من حق المرتهن لان له ملك اليد والرقة ولنا ملك اليد فقط فان لم يمنع الاقوى الاعتاق فلان لا يمنع الادنى اولى كـ) (قوله وامتناع النفاذ الخ دفع دخل تقريره ل مجرد تعلق حق المرتهن لم لا يكون مانعا من نفاذ العتق كما يمنع نفاذ البيع والهبة ل

(قوله) لتكميله يعنى وان اعتق عندهما لكن في هذه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية فاذا اداها كل العتق ع
(قوله) فصار كغير الراهن يعنى ان الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكك الرهن فافتكه المعبور رجع بذلك على
الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطراً (قوله) لان الثابت الخ اى الثابت للمرتهن في الرهن حق الملك
لا حقيقة الملك ذلك بثبوت يد الاستيفاء والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبساً الى ان يقضى الراهن دينه
حق الملك اذنى حالاً من حقيقة * ٤٣٥ * الملك الذى هو ثابت للشريك لساكت فلما كان كذلك اوجب

ابو حنيفة السعاية ههنا
في اعتاق الراهن في حالة
واحدة وهى حالة الاعسار
اظهار النقصان مرتبة حق
المرتهن عن مرتبة الشريك
الساكت فان للساكت حقيقة
الملك في العبد ولذلك
وجب السعاية في الحالين ع
(قوله) حيث لا يسعى الخ اى
ليس للبائع ولاية استعلاء
العبد بقدر الثمن وان كان
هو محبوساً عنه قبل التسليم
بالثمن كما ان المرهون
محبوس عند المرتهن بالدين
ع (قوله) لانه حال الخ
اى لانه اقر عليه
في حال لا يملك رقبته
ولا يملك تعلق الدين بها
فلم ينفذه ع (قوله) فظاهر
لان العتق صحيح والتدبير
يحصل حق العتق فاولى ان
يصح حميده (قوله) خرجا
من الرهن وهذا عندنا واما
عند الشافعى فالتدبير
لا يخرج لانه قابل لما
هو حكم الرهن عنه
وام الولد تخرج لانها
لا تقبل حكم الرهن فانه لا يجوز

لانه يؤدى ضماناً عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنه وعندهما التكميله
وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الراهن ثم ابو حنيفة
اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالى اليسار والاعسار وفي العبد
المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه اذنى من حقيقة
الثابت للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهار
النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث
لا يسعى للبائع الرواية عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في
الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك
يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرهون ينقلب حقه ملكاً لا يبطل
حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبت السعاية فيهما
لويتابين الحقين وذلك لا يجوز (ولو اقر المولى برهن عبداً) بان قال له رهنك
عند فلان (وكذب العبد ثم اعتقه تجب السعاية) عندنا خلافاً لزمرو
يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك
التعلق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال
(ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) اما عندنا فظاهر وكذا عندنا لان
التدبير لا يمنع البيع على اصله (ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح
الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصح بادنى الحقين وهو مالاب في جارية الابن فيصح
بالاعلى (اذا صاعداً من الرهن) لبطان المعلية اذ لا يصح استيفاء
الدين منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى
ذكرناه في الاعناق (ان كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وام الولد في
جميع الدين) لان كسبه مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من
الدين ومن الغيبة لان كسبه حقه والمعتق عندنا ليس الا قدر القيمة فلا
يزداد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان
بما يؤدى بان على المولى بعديساره لانها ادياه من مال المولى والمعتق

ببها بالاتفاق والفرق له بين الاستيلاء والاعتاق ان الامومية انما تثبت بالنسب وانه لا يتوقف عندنا على الدعوة
بل يثبت بنفس الوطى واهله ليس بمنوع عنه فان الراهن عندنا لا يمنع من الانتفاع بالمرهون ولا يصح
المهر عن الوطى لحق المرتهن لانه عسى ان لاتعلق فصع الاستيلاء فلا يتوقف على اذن المرتهن
بخلاف الاعتاق فانه بوجوب بطلان حق المرتهن لا محالة فيمنع منه بدون اذنه ك

(قوله فينتقد الخ لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فينتقد رد وجوب
العوض بقدر ما فوت من المعوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء اوجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستفسر
في كلفه (قوله وكذلك الخ اي الجواب في الاستهلاك كالجواب في الاعناق يعني اذا كان الراهن موسرا والدين
حالا طوالب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنامكانه حتى يجل الدين (قوله وكذلك
الخ معطوف على قوله فيما

٤٣٦

يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا
يسعى المبرر في قيمته فقللانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيقتدر بقدر
العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدين
وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق
ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال
(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالانفاق
والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين (فان استهلكه اجنبى فالمرتهن
هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهناني يدا) لانه احق بعين الرهن
حال قيامه فكذلك في استرداده مقام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم
هلك فاركانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الف اغرم خمسمائة
وكانت رهننا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها
هلكت باقة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفك
لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه ينقر رهن عند الهلاك
(ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه اتلف ملك الغير
(وكانت رهناني يدا حتى يجل الدين) لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه
(واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه)
لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يردده على الراهن) لانه بدل ملكه
وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمس
مائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الف خارج بالاستهلاك خمس مائة وسقط من
الدين خمسمائة) لان ما انقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر
قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب
عليه الباقي بالانفاق وهو قيمته يوم اتلف قال (واذا اعار المرتهن
الرهن للراهن ليختمه او ليعمله عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن)
لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك

مرفان كان الدين حالا الخ
وترتيب عبارة مختصر
القدوري والهداية هكذا
وان اعتق الراهن عبد
الرهن نفذ عتقه فان كان
الدين حالا طوالب باداء
الدين وان كان مؤجلا اخذت منه
قيمة العبد وجعلت رهنامكانه
حتى يجل الدين وان كان
الراهن معسرا سعى العبد
في قيمته وقضى الدين
وكذلك لو استهلك الراهن
الرهن انتهت (قوله
والمعتبر الخ جملة معللة وللواو
قد تدخل عليها تقرير
التعليل ان المعتمد في ضمان
الرهن قيمة الرهن يوم
القبض لا يوم الفك
حتى اذا كان قيمة يوم القبض
الف ويوم الفك خمسمائة
سقط من الدين خمسمائة
ويقتضى ك الرهن بقيمة
يوم الفك ع (قوله وهو
مضمون الخ جواب اشكال
وهو ان يقال لو سقط الدين
بقدر ما انتقص كان الرهن
مضمونا على المرتهن بتراجع
السعر وليس لتراجع السعر
تأثير في اسقاط شيء من
الدين كما اذا رده الى

(بغير)
الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر
(قوله لمنافاة الخ لان الضمان لو كان باقيا انما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن وبقاء يد المرتهن انما ينتقل
ان لو كان يد الراهن يد المرتهن وهذا غير ممكن لان قبض المرتهن قبض مضمون وقبض الراهن غير
مضمون وبين كونه مضمونا وغير مضمون منافاة فلا يثوب غير المضمون من المضمون ك

(قوله بغير شيء لا يقال بان يد الراهن بالاستعارة يجعل يد امانة في حقه ويد ضمان في حق المرتهن فكما
في فصل العدل فان يد العدل يد امانة في المالية ويد ضمان في حق المرتهن فكذا هذا لاننا نقول لا يمكن
هنا باقية ضمان الرهن باعتبار القبض لان القبض قد انتقض وانما يجعل باقية احكاما باعتبار اليد فكما اذا امكن
عمل يد الراهن يد المرتهن وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين لان يد المرتهن يد الحبس عن المالك ويد
لعارية يد الاستعمال للملك ٤٣٧ وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك
تناهى ولا يتحقق هذه المنافاة

في فصل العدل لان يد العدل
يد حبس عن المالك كما ان يد
المرتحن يد حبس عن المالك
فلذلك افترقاك (قوله وهذا
بخلاف الاجارة الخ قال الشراح
وحكم الرديعة كحكم العارية
وحكم الرهن كحكم الاجارة
انتهى نت (قوله وهي مخالفة
ليد الرهن لان يد العارية
غير مضمونة وقبض الرهن
مضمون فاذا ثبت يد العارية
بالاستعمال انتفى للضمان ك
(قوله لما بيناه يعنى في
صورة العارية ثم انهما ان
اختلفا في وقت الهلاك
فالقول للمرتحن والبينة
على الراهن ع (قوله وهو
قضاء الدين الخ فانه لو
استاذن ان يقضى ديننا
عليه بماله كان صحيحا وكذا
اذا تبرع انسان بقضاء
دين غيره فاذا جاز ان
يثبت له ملك اليد والعين
بايقاء غير المدين من
ماله بطريق التبرع يجوز
ان يثبت له ملك اليد
بالرهن ايضاك (قوله ويجوز
الخ يعنى ان قيل ان الاعتبار

بغير شيء لفوات القبض المضمون (وللمرتحن ان يسترجعه الى يده)
لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن
قبل ان يرده على المرتحن كان المرتحن احق به من ساير الغرماء وهذا لان يد
العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى
ان حكم الرهن ثابت في يد الراهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقى
عقد الرهن فاذا اخذ عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
(وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا
(ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان) لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا
بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث
يخرج عن الرهن فلا يعود الابعقد مبتدأ (ولو مات الراهن قبل الرد الى
المرتحن يكون المرتحن اسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه
التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا
(اذا استعار المرتحن الرهن من الراهن ليعمل به فملك قبل ان يأخذ
في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ
من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان)
لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتهى الضمان
(وكذا اذا اذن الراهن المرتحن بالاستعمال) لما بيناه (ومن اسعار من
غيره ثوباليرهنه فمارهنه به من قليل او كثير فهو جائز) لانه متبرع
باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز
ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوت للمرتحن كما ينفصل زوال الا في
حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجمالة
فيها لاتنفي الى المنازعة (ولو عين قدر لا يجوز للمستعير ان يرهنه
باكثر منه ولا باقل منه) لان التقيد مفيد وهو ينفي الزيادة لانه غرضه
الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير

غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب ان الاقتران غير مانع لعدم استلزام
احدهما للاخر فانه يجوز ان ينفصل الخ ع (قوله والاطلاق واجب الخ يعنى اذا اطلق الاعارة في الرهن
ولم يسم ما يرهنه به بعشرة او تسعة او بدرهم او بدنائير او يرهنه من زيد او عمرو كان للمستعير ان يعمل
بموجب الاطلاق ك (قوله خصوصا في الاعارة لان منها على المساحة فلا يجوز فيها المضايقة والجمالة فيها
لا تنفي الى المنازعة فان من استعار دابة له ان يركب بنفسه وله ان يركب غيره وله ان يجعل عليه ماشاء ك

(قوله لتيسر البعض بالإضافة الى البعض يرجع الى القيد بالجنس اي قد تيسر على المعبر او على المستعير اذا جنس دون جنس وتفاوت الاشخاص في الامانة يرجع الى التقيد بالمرتهن وقوله والحفظ الى القيد بالهلك (قوله وقبيناها في الاستحقاق اي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب ك) قوله ووجب مثله اي مثل ما سقط عن الراهن هلاك الثوب ك (قوله ووجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لامتلا قيمة الثوب ان كان اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند ٢٣٨ هـ الهلاك فيمانع فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعبر فيما شرط عنابه (قوله على ما بيناه اي لانه صار قاضيا هذا القدر من الدين به اله الجزء معتبر بالكل كافي (قوله لما بيناه وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ك (قوله فاراد المعبر الخ اي اراد ان يفنكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن ك (قوله جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعنى جبرانا لمافات عن الراهن من القضاء بنفسه ع (قوله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعبر هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الاتفاق كذا فالقول قول الراهن لما ذكر والبيئة للمعبر لانه يدعى عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفك فكذا في سبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المصروب اجيب بان موجب الضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك ع (قوله كما لو اختلفا الخ هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امره مكان كما لان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني القول قول المعبر فكيف يصح التشبيه الا ان يقال التشبيه في الانكار من غير نظر الى كون المكر معبرا او مستعيرا ك

مستوفيا لا اكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه (وكذلك التقيد بالجنس وبالمرتهن وبالهلك) لان كل ذلك قيد لتيسر البعض بالإضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ (واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعبر ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فهو ما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فقهين انه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدائن على الراهن) وقبيناها في الاستحقاق (وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به (ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فملك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لنتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو المرجع للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موقيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعبر ان يفنكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخلص ملكه ولا في تفريع ذمته فكان للطالب ان لا يقبله (ولرهلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افنكه فلا ضمان عليه) لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو المرجع على ما بيناه (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الابغاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين (كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعبر) لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه (ولورهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه به ليقرضه كذا فملك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة

(سواء) بذلك ع (قوله كما لو اختلفا الخ هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امره مكان كما لان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني القول قول المعبر فكيف يصح التشبيه الا ان يقال التشبيه في الانكار من غير نظر الى كون المكر معبرا او مستعيرا ك

(قوله لما بيننا اهارة الى ما ذكر في باب ما يجوز ارتثامه بقوله لان الموهود جعل كال موجود باعتبار الحاجة ك (قوله
لان سلامته الخ بيانه ان الدين الموعود كال موجود فلو كان الدين موجودا وهلك الرهن في ضمان المرتهن يسلم
للمرهن مالبة الرهن بسبب برائة ذمته عن الدين وفي الموعود اذ اهلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن
للمرهن المسمى من الدين فاذا استوفاه من المرتهن وهو مالبة الرهن سواء يصير الراهن مستوفيا مالبة الرهن
بواسطة الاستيفاء وفي فصل ٣٩٩ السلامة بواسطة البرائة يرجع المعير بمثله على الرهن فكذلك
في فصل السلامة بالاستيفاء

ك (قوله لان الحق الخ اي
حق المرتهن تعلق بمالبة
الرهن برضاء المعير وقد
استهلكه بالاغتياق فصار كما
استهلكه بالانلاف وهو في
هذا الحكم كاجنبى آخر
فيضمن قيمته ثم يرده على
المعير لان استرداد القيمة
كاسترداد العين ولو اخذ
المعير الرهن من المرتهن
ثم استرده المرتهن كان رهنا
عنه الى ان يقبض دينه فاذا
قبض يرده على المعير كذا
هناك (قوله برقبته اقول
كان الحق في التعليل ان يقال
لان الحق تعلق بمالبيته وقد
اتلفها بالاغتياق اذ لاشك
ان المراد بالحق المذكور
في التعليل انه هو حق
المرتهن وحقه متعلق بمالبة
الرهن دون رقبته نت (قوله
لان استرداد القيمة الخ
يعنى ان المرتهن استرد قيمة
الرهن من المعير واسترداد
القيمة كاسترداد العين ولو
استرد العين ثم استوفى
دينه من الراهن وجب عليه

سواء يضمن قدر ال وعود المسمى) لما بينا انه كال موجود ويرجع المعير على
الراهن بمثله لان سلامة مالبة الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته
برائة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبد افاعتقه المعير جاز) لقيام ملك
الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء يرجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفيه
(ان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاء وقد اتلفه
بالاغتياق (وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير) لان
استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا اودابة ليرهنه فاستخدم
العبد اوركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال
فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برى
من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا
افكك لرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك
من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير
لانتهاء حكم الاستعارة بالفكك وقد عاد الى الوفاق فيبرء عن الضمان
وهذا بخلاف المستعير لان يدك يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما
المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق
لازم محرم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى في حق الضمان كتعلق
حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراه الثلث
والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمهوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم
بقائه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه ان
يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى
عليه المرتهن فيضمنه للمالك قال (وجناية الرهن على الراهن
والمرتحن وعلى مالهما هدر) وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنائيته

راد العين فكذلك رد قيمته ع (قوله فانه كان امينا الخ فان قيل اليس ان المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان
مببراً عن الضمان مالم يصل العين الى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال
الى صاحبه قلنا نعم يد المستعير يد نفسه فبالعود الى المكان المشروط لا يصير راد العين على المالك لاحقيقة
ولا مكنا بخلاف المودع لان يد كيد المالك فبالعود الى الوفاق يصير رادا عليه ومانحن بصدده نظير مسئلة
الوديعة لان تسليمه الى المرتحن يرجع الى تحقيق مقصود المعير متى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب
المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برى به من الضمان ك

(قوله ما يوجب المال وهي ما اذا كانت الجناية خطأ في نفس او فيما دونها اما الجناية الموجبة للقصاص
المعتبرة اما على المرتهن فلا يشك واما على الراهن فلان المستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبي
آخر الا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح وبالجناية الموجبة للمال يصح
واقاراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح وبالموجبة للمال باطل كـ (قوله اما الوفاية
الخ يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ٤٥٥) ان جنابة الرهن على الراهن
هدر لانها جنابة المملوك

على المالك فيما يوجب
المال بدليل انه اذا مات
وجب الكفن على مولا
وكل ما كان كذلك فهو هدر
لانه لو جنى على غيره وجب
على مولا من ماله فاذا وجب
عليه شئ لكان واجبا عليه
له وذلك باطل ونقض
بالمغصوب اذا جنى على
ماله المغصوب منه فانها
توجب الضمان واجاب عنه
المصنف بما في الكتاب بقوله
بخلاف الخ (قوله بخلاف
جنابة المغصوب فانها تعتبر
عند ابي حنيفة مع ان المغصوب
مضمون على العاصب كما ان
المرهون مضمون على المرتهن
لان الملك الخ كـ (قوله
حصلت على غير ماله
اذا المرتهن غير المالك للعين
وحصولها على غير المالك
يوجب الضمان كما اذا
حصلت على اجنبي فان قيل
ماله كونه محتسبة بدينه فلا
فائدة في ايجاب الضمان
اجاب عنه بقوله وفي الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه
بالجناية فيعتبر وان كان

على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية من النفس ما يوجب المال اما الوفاية
فلانها جنابة المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه
بخلاف جنابة المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان
يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنابة على غير
المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير ماله وفي
الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن
ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية
فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه
التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع
وجوب التغليب عليه وجنابته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق اذا كانت
قيمه والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لا ينملك العبد وهو الغائبة
وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة
لان الفضل ليس في ضمانه فاشبهه جنابة العبد الوديعة على المستودع وعنه
انها لاتعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا
بخلاف جنابة الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة
متباعدة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي الفا
بالى الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتل رجل وغرم
قيمه مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع
على الراهن بشر) واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط
الدين عندنا خلافا لفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه
انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس
وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت بسـه الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه
يتقرر الاستيفاء فيسه اذا اليديد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من

يسقط حقه في الدين فان ابقاه رهنا او جعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض صحيح
في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك لطلب الجناية ويبقى
رهنا كما كان عـ (قوله فائدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع الى المجنى عليه وللمرتهن غرض صحيح
في تملك العبد وان سقط دينه فوجب ان يعتبر وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء نفع له ففي
انبات الخيار له توفير النظر عليه كـ

(قوله) ادفعوا له دليل آخر اى لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا للاف الدين بالمائة التى غرمها الحر بقتل
الرهين وجعلت رهنا، كانه لانه يؤدى الى الربوا فيصير مستوفيا للمالية وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير
مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صورة المسئلة ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من التى الى مائة
مع قيام عينه بحاله وقتل الحر العبد الذى قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد
المرهون فدفعه رهنا به

﴿ ١٤٤ ﴾

واقول العلماء فيها ايضا
ثلاثة اما عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح فحكم الصورة
الاولى والثالثة واحدا وهو
ان الراهن يفتكها بجميع
الدين بلا خيار وقول محمد
فى الاولى كقولهما وفى الثالثة
بالخيار بين ان يأخذ الرهن
بجميع الدين كالاولى وبين
ان يسلمه الى المرتهن بماله
كالثانية على ما يذكره وقول
زفران حكم الصورة الاولى
والثالثة واحدا فى ان الراهن
يفتكها بالمالية ويسقط عنه
التسعمائة قياسا على
الصورة الثانية فان حكمها
ان التسعمائة ساقط عن
الراهن بالاتفاق وللمرتهن
تلك المائة التى ضمنها الحر
عند حلول الاجل ووجوه
هذه الاقوال مذكورة فى
فى الكتاب ع (قوله لانه
يؤدى الى الربوا لان المائة
لا يجوز ان يكون
بمقابلتها اكثر من مائة
فلذلك لا يتصور استيفاء
جميع الدين بمقابلة المائة
فلذا لو كان القاتل
عبد قيمته مائة فدفع

الدين بنقصان السعر ببقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة
لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف فى ضمان الاتلاف لان الجاهل بقدر الفات
واخذ المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على
اصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى اسحقه بسبب المالية وحق
المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن
يشى لان يد الراهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته
كانت فى الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن
ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدى الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة
بالهلاك بخلاف ما اذامات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل
بالعبد لانه لا يؤدى الى الربوا قال (وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه
بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن
الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل
الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال (وان قتله عبد
قيمته مائة فدفع مكانه افنتكه بجميع الدين) وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف (وقال محمد هو بالخيار ان شاء افنتكه بجميع الدين
وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله) وقال زفر يصير رهنا
بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف
بلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا صاحبنا على زفر ان
العبد الثانى قائم مقام الاول لهما ودما ولو كان الاول قاسما وانتقص
السعر لا يسقط شىء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام
المدفوع مكانه ولمحمد فى الخيار ان المرهون تغير فى ضمان المرتهن
فيغير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل فى يد
الغاصب يغير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر
فى نفس العبد اقيام الثانى مقام الاول لهما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن

مكانه يكون رهنا بالف درهم كالاول عندنا على ما يجرى لان ذلك يجوز ان يكون بمقابلة الف درهم شري
فكذلك محسب الدين ويترجم استيفاء جميع الدين من ماله بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل
لو غرم قيمته عشرة دنائير فانه يبقى جمع الدين باهتباره لانه يتدرج استيفاء الدين جميعا منه بان يعز
الدنائير حتى يبلغ قيمة هذه الدنائير الف درهم ك

(قوله ولو كان الغنم اكثر ار لا جمالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فنقله
عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقرر بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف
(قوله فضمن الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فبأنى وانما كانت
الجناية عليه لان العبد في ضمانه) (قوله على المرتهن وانما يبايد بالمرتهن لان الرضا طبعنا الراهن من الجائز ان يختار
الدفع فيمنعه المرتهن من
ذلك لان له ان يقول انسا
افدى حتى اصاح رهنى ك
(قوله فصار كالهلاك الجامع
زوال ملك الراهن عن
الرهن في ضمان المرتهن ك
(قوله بعرض كان على
المرتهن اذا كان على المرتهن
فقد اداءه الراهن فيجب
للراهن على المرتهن مثلما
ادى الى ولى الجناية
وللمرتهن على الراهن دين
فالتقيا قصاصا فبسام الرهن
للراهن ولا يكون الراهن
متبرعا في اداء الفداء لانه
يسعى في تخليص ملكه
كمعبر الراهن ك وحق
في الجناية بالجرح عطف على
دين المرتهن يعني ان دين
العبد مقدم على دين
المرتهن وعلى حتى ولى
الجناية ايضا حتى لو جنى
العبد المدين دفع الى
ولى الجناية ثم يباع الغرماء
على ما يأتى في الدييات
كنا في العناية تبعا
للهناية ومما لا في الكفاية
ومقدم على ولى الجناية
لانه وان دفع على ولى الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر ل (قوله لتقدم على
حق المولى اى لتقدم دين العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما
على حق من يقدم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية
وولى الجناية في ملك العين ح

٤٤٢

امانة عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم
جاهلى وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع
وبخلاف الغصب لان تملكه باءا ضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره
حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف
(واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له ان
يدفع) لانه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا
يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية وصلت في ضمانه فكان عليه
اصلاحها (ولو ابى المرتهن ان يهدى قيل للراهن اذ دفع العبد واقف بالدية)
لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيامه به (فاذا امتنع
عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع
والفداء فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استغنى لمعنى في ضمان المرتهن
فصار كالهلاك (وكذلك ان فدى) لان العبد كالحاصل له بعوض كان على
المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا واستهلك مالا حيث
يخطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على
المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو
هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما (ولو استهلك
العبد المارهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذى لزم
العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان
يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء
(وان لم يؤد ببيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد
مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى (فان
فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن) او اكثر فالفضل للراهن
وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه
الهلاك (وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد

(وما افضل)

(وما افضل)
لانه وان دفع على ولى الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر ل (قوله لتقدم على
حق المولى اى لتقدم دين العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما
على حق من يقدم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية
وولى الجناية في ملك العين ح

(قوله) والدفع لا يجوز الخ لان الدفع ثلث وهو لا يملك التملك والمراء به ان المراء دفع ورضى به المرتهن كـ (قوله) فان تشاما بان قال المرتهن انا افدى وقال المراء انا ادفع اوعلى العكس كـ (قوله) فلانه ليس الخ اى لان المراء بالدفع يسقط حق المرتهن والمراء لا يسقط حق المراء بل يحفظ حق نفسه من غير ضرر بالمراء فكان اختيار الفداء اولى كـ (قوله) وله في الفداء غرض صحيح وهو زيادة التوثيق لاستيفاء دينه كـ (قوله) اما المراء

الخ اى لو قال المراء انا افدى وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن ولا فائدة ايضا في اختيار المرتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع وفي الدفع اسقاط حق المراء في الرقبة وله غرض صحيح في استبقاء الرقبة بالفداء فكان في اختيار المرتهن الدفع تفريغ عرض الآخر من غير فائدة فلا يعتبر كـ (قوله) لانه يمكنه الخ اى لانه كان يقدر ان لا يلتزم الفداء حتى يخاطب المراء فلما التزمه والحال هذه صار متبرعا كـ (قوله) وهذا على ما روى الخ في المبسوط ابو حنيفة يقول المرتهن احد من بطالب بالفداء في هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالمرء وهذه التكنة تقتضى ان لا يكون متبرعا حالة الحضور ايضا وروى عنه على عكس هذا انه لا يصير متبرعا حالة الحضر ويكون متبرعا حالة الغيبة لان المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة المراء ولا يمكنهم الاخذ منه فيكون متبرعا في

وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد مل اخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يبقى بدين الغريم احد الثمن ولم يرجع بما بقى على احد حتى يعنف العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت في تأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهنا بالف وقد جنى العبد يقال له ما افدى) لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على المراء فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به (فان تشاما فالقول لمن قال انا افدى رهنا كان او مرتهنا) اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق المراء وفي الدفع الذى يختاره المراء ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد المراء اذا قال المرتهن انا افدى لذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على المراء فكان له ان يفدى اما المراء فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بيناه فكيف يختاره (ويكون المرتهن في الفداء منطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على المراء لانه يمكنه ان لا يختاره في مخاطب المراء) فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن ابي حنيفة انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى (ولو ابي المرتهن ان يفدى وفداء المراء فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه) لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل المراء في الفداء منطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه المراء وهو ليس بمنطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا

الفداء وحالة الحضرة فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع او الفداء فلا ينوصل الى الحبس الا بالفداء فلا يكون متبرعا كصاحب العلو اذا بنى السفلى ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعا فهذا مثله كـ (قوله) وسنبين القولين اى قول ابي حنيفة وقول مخالفه وهما ذكر بعد هذا بخطوط في قوله ولو كان المرتهن فدى والمراء حاضر فهو منطوع وان كان غائبا لم يكن منطوعا وهو قول ابي حنيفة الخ كـ

(قوله وان كان غائبا لم يكن منطوقها ذكر الغيبة مطلقا وكذا في الايضاح والمبسوط وشرط في الاسرار ان يكون الغيبة منقطعة كـ) (قوله بالايفاء المحكمى لان موجب عقد الرهن يثبت بدلا استيفاء محكمى كـ) (قوله جازى عقد الرهن وهذا كالرهن اذا باع لا ينفذ ببيعته لحق المرتهن وان قضى الراهن دينه ينفذ البيع كـ) (قوله فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فلذا اخره استدراكا لما فات فيما سبق تـ) (قوله ثم صار خلا

يساوى عشرة ولم ينقص مقداره وان نقص سقط من الدين بقدره ولا يعتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزن لا يسقط شئ من الدين عندهم عـ) (قوله فهو رهن بعشرة وذكر صاحب المحيط هذا اذا لم ينقص من الوزن شئ فاما اذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون هو رهناباقي من الدين وقوله ثم صار خلا يساوى عشرة هذا القيد وقع اتفاقا لان انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين اذا بقى القدر على حاله كما لو انكر القلب وبقي الوزن على حاله كـ) (قوله فهو محل له الخ لقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فكذلك تخلف عن هذا الاصل عـ) (قوله يبقى العقد وذلك لان المهر مال الا انه ليس

بدينه كانه اوفى نصفه فبقى العبد رهناباقي (ولركن المرتهن فدى والراهن حاضر فهو منطوع وان كان غائبا لم يكن منطوعا) وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر المرتهن منطوع في الرجوعين لانه فدى ملك غير بغير امره فاشبه الاجنبى وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كلاجنبى فاما اذا كان الراهن غائبا تغدر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا بالاصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه ولتولى الوصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره ببيعه) لان القاضى نصب ناظرا لمحقرق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصى ليوذى ماعليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين فزهر الوصى بعض البركة عند غريم من غرمائه لم يجهز ولا لغيره ان يردده) لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء المحكمى فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز) لزوال المانع يوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا يباع (واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضى الله عنه وفي رهن الوصى تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

(فصل — ل) قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فتبغ جلد هافار

(يساوى)

بمنقور فبالنظر الى جهة المالية يقتضى المحلية وبالنظر الى انه ليس بمنقور يقتضى انعدام المحلية فعلمنا بالشبهين فقلنا بانه ليس بمحل ابتداء وانه محل بقاء ولم نقل بالعكس لان ما يكون محلا للابتداء فهو محل فان البقاء اسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين كـ

(قوله حق لازم الاترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية المجانية حيث لا يسرى حكم
 الجنابة الى الولد ولا يتبع امه فيه لان الحق فيها غير متأكد حتى ينقرد المالك بابطاله بالفداء مل
 (قوله بحصته اى حصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا يكون له قسط
 كولد المبيع لاحصاه من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصه حتى اذا هلك الام قبل
 القبض وبقي الولد كان
 للمشتري ان يأخذ الولد
 بحصته من الثمن ولو هلك
 قبل القبض لا يسقط شىء
 من الثمن زيلعى (قوله
 لما ذكرنا اى لكونه مقصودا
 بالفكاك وتفسيره اذا كانت
 قيمة الاصل الفا والولد
 يساوى الفا فالدين نصفان
 فى الظاهر فان مات الولد
 ذهب بغير شىء ويبقى
 الدين بازاء الام وان ماتت
 الام وبقي الولد فان افنكه
 افنكه بنصف الدين وان
 هلك الولد بعد موت الام
 ذهب بغير شىء وذهب
 كل الدين بموت الام كـ
 (قوله فيصح تعليقها بالشرط
 يريد بالشرط قوله فيما حلت
 فان كمة ماتضمنت معنى
 الشرط ولهذا دخل الفاء
 فى خبرها ع (قوله لانه اتلفه
 الخ ولو فعل ذلك بغير اذن
 الراهن وجب عليه الضمان
 فيكون رهنا عند المرتهن
 ومجوسا بالدين مع الشاة
 وكذلك لو فعل الراهن
 ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن
 ضمن قيمته ويكون القيمة
 رهنا عند المرتهن مع الشاة
 مع التقيد بالشاة انما يظهر

٤٤٥

يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا جنى
 بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل
 القبض فدفع جلدتها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل
 القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشاغلنا
 من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (ونماء الرهن للراهن وهو
 مثل الولد والثمر واللبن والصوف) لانه متولد من ملكه ويكون رهنا
 مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه (فان هلك يهلك بغير
 شىء) لان الاتباع لا قسط لهما مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد
 مقصودا اذا المفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقي النماء افنكه الراهن
 بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك)
 لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى
 الى وقته والتبع يقابله شىء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل
 بسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افنكه الراهن
 لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها
 فى كفاية المنتهى وتامه فى الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها
 عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فيما حلت فهو لك حلال فحلب
 وشرب فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك) اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط
 والخطر لانها اطلاق وليس بتعليك فيصح مع الخطر (ولا يسقط شىء من
 الدين) لانه اتلفه باذن المالك (فان لم يفنك الشاة حتى ماتت
 فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب وعلى قيمة الشاة
 فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن
 تلقى على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليم من قبله فصار
 كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته
 من الدين ببقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن فى اكله

فانكته فى جانب الضمان فيما اذا حلبها بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان امة فارضعت صبي المرتهن
 بغير اذن الراهن لم يعتسب به لان لبن الادمى لا ثمن له كـ (قوله اخذه المرتهن الخ لان اتلفه
 المرتهن انتقل الى الراهن لما كان باذنه وصار الراهن مستردا لما اتلفه المرتهن كافى

(قوله وتجوز الزيادة الخ مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بعشرة جاز عند علمائنا ع (قوله ولا تجوز في الدين صورة الزيادة في الدين هو ان يزيد ديننا على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جائز زيلعي (قوله لا تجوز فيهما لانه يؤدي الى الشروع لانه لابد للرهن الثاني من ان يكون له حصص من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من ان يكون ﴿ ٤٤٦ ﴾ رهنا او مضمونا وذلك شائع

والشروع يفسد الرهن زيلعي (قوله كالدين الخ حتى يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقه باصل العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والدين ك (قوله والالتحاق الخ يعني ان الالتحاق باصل العقد في المعقود عليه او المعقود به والدين ليس بمعقود عليه وهو ظاهر ولا المعقود به لان المعقود بهما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملتحقه باصل العقد واما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلحق باصل العقد والدين يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضع الفرق ك (قوله واذا ولدت الخ يعني اذا رهن جارية بالثمن يساوي الفا ولدت ولدا يساوي الفا ثم زاد عبدا فقال الراهن زدني هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فاما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لان العبد دخل في ضمانه يوم القبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة لانها ملحقه بالولد في الحكم ع

وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف لا تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثلن والمهر والمنكحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا يي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالدين في البيع والرهن كالدين ففجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بغير مساقفة من الدين جاز وان كان الدين الفا وهذا شيوخ في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدل العقد بخلاف البيع لان الدين بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتيهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المهرونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة بقسم ما في الركن عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولركات الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى

ولدا يساوي الفا ثم زاد عبدا فقال الراهن زدني هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فاما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لان العبد دخل في ضمانه يوم القبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة لانها ملحقه بالولد في الحكم ع

(قوله مادام الدين باقيا هذا احقر ازهن الابرء على مايجب فان بالابرء يرتفع الضمان وان لم ينقص القبض بالرد الى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شيء كـ (قوله فان الجياد امانة في يده الخ لا يقال بان حقه في الجياد دون الزبوى فينبغي ان يكون الزبوى امانة دون الجياد لان نقل لما قبض الزبوى او لا وقع الاستيفاء لاصل حقه ولكن فات الوصف ولهذا لو تجاوز به يتم الاستيفاء فاذا حصل قبض الزبوى اصل الاستيفاء يكون الجياد امانة ضرورة كيلا يتكرر الاستيفاء كـ ﴿ ٢٤٧ ﴾ (قوله على ما بيناه من قبل يعنى في صدر كتاب الرهن

في تعليل ان تمام الرهن بالقبض عـ (قوله خلافا لفرقة زفران الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكار بعد الابرء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق العين بعلم عـ (قوله لان الرهن الخ هذا تعليل جواب الاستحسان وبيان هذا ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا ينفق ذلك الا باعتبار بقاء الدين وبالابرء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احدهما الا ترى انه لو رد سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض ولا لم يبق الدين بالابرء او الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان كـ (قوله الا اذا احدث الخ يعنى فان قيل سقوط الدين

ولها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبد يساوى القابض ثم اعطاه عبدا اخر قيمه الف رهنه ما كان الاول فالاول رهن حتى يردده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقص القبض مادام الدين باقيا واذا بقى الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانها ماضية بقول احدهما فيه لا بد فلو هلكا فارد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قبل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زبوا ظن اجيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يدها لم يرد الزبوى ويجب القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة يغوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسننا) خلافا لفرقة لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابرء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث معنائه يصير به غاصبا اذ لم تبقى له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصادق فابراته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كافي الابرء (ولو استوفى المرتهن الدين بابقاء الراهن او بابقاء منطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه او المنطوع بخلاف الابرء) ووجه الفرق ان بالابرء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط القيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا

لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابرء فانه يضمن وقسقط الدين اجاب عنه بقوله الا اذا احدث الخ عـ (قوله لقيام المرجب وهو الاستدانة وغيرها اما في الابرء لا ينعدم المرجب ايضا لكن وجد المنافي وهو الابرء وفي الايفاء وان بقى المرجب لكن لم يوجد المنافي لان المدينون تنقض بالمثاله لان الدين بعد اداؤه باق على ذمته المدينون ولهذا لو ابرأ رب الدين المدينون عن الدين بعد الاداء يتمكن من استرداد ما ادى من الدين كذا في بسوط خواهر ازاده حميدية

(قوله لانه اى لان كل واحد من الشرى والصالح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يد قبل الردع (قوله ويهلك بالدين لانه بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المجيل ولهذا يعود الى ذمة المجيل اذ اقامت المحتال عليه مفلسا ك (قوله لانه في معنى الخ اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المجيل تبرأ بالحوالة عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى الابرأ فهملك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه من ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق ﴿٤٤٨﴾ الاداء دون الاسقاط فانه يزول به

هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانه تنقض الاستفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المجيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمجيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على ان لادين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالنصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابرأ

﴿ كتاب الجنایات ﴾

قال (القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما عمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالمعمد من الخشب وليطة القصب والمرودة الممعدة والنار) لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الابدلية وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى «ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم» الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال (والقود لقوله تعالى «كتب عليكم القصاص في القتلى» الا انه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قوداى موجهه ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها يتوفر والعقوبة المناسبة لاشرع لها دون ذلك قال (الا ان يعفو الاولياء او يصلحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للمولى اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولى الشافعى الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين منعها للملاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه وينبغي باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر في تغيير ولنا ما قلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة

الخ ع (قوله او ما يرجع الخ معطوف على قوله ما كان له الخ اى يزول بعقب الحوالة عن ملك المجيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المجيل مل (قوله لانه بمنزلة الخ تعليل لقوله يرجع عليه المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المجيل ك (قوله يهلك بالدين وذكر شمس الاثمة السرخسى في المبسوط واذا تصادقا على ان لادين بتي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لادين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ك (قوله والنار فانها تعمل عمل الحديد في النكاة حتى انها وضعت في المنبيع فقطعت ما يجب قطعه في النكاة وسال بها الدم حل فاننا نحسم ولم يسسل الدم لايجل ك (لان العمل الخ اى اما اشترط السلاح او ما يجرى مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وفعل القلب لا يوقف عليه اذ هو امر مبطن فاقههم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم السر مقام المشقة زيلعى (قوله والقود يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم اى موجب القتل العمد الا ان في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام الخ ع

(قوله زجرا وجبرا فاما زجرا فان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر في عاقبة امره انه اذا قتل قتل به انزجر من قتله
فكان حية لهم اى ابقاء لهم على الحيوة واما جبرا فلانه اذا قتل به سلم حية الاولياء فان القاتل يصير حرا على
اولياء القتل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افعالهم لان الخوف عن نفسه فالشرع مكنهم من قتله قصاصا فاعل الشره
من انفسهم واحياء الحى في دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حية من الوجه الذى قلنا صلح جابر لان الغايب بالقتل
حية والحاصل بالقصاص حية مثل ﴿ ٤٤٩ ﴾ الاولك (قوله وفي الخطاء الخ اى انما وجبت الدية في
الخطاء بخلاف القياس لان

القتل اعظم العقوبات
والخاطى معذور فيعتذر
ايجاب المال عليه ونفس
المقتول محرمة لا يسقط حرمتها
بغدر الخطاء فوجب المال
صيانة للدم عن الهدم منه
على القاتل بان سلمت له
نفسه وللقاتل بان لم يهدم
دمه وشرع المال عند عدم
الامكان لا يدل على شرعه
عند الامكان (قوله لقوله
عليه السلام الخ قلت اخرجه
النرمذى في الفرائض عن
ابي هريرة عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال القاتل
لا يرث ت (قوله بما ليس
سلاح الخ سواء كان الهلاك به
غالبا كالحجر والعصا
الكبير بن ومدقة القصار
اولم يكن كالعصا الصغير
(قوله بما لا يقتل به غالبا
كالعصا الصغيرة اذا لم يوال
في الضربات فاما اذا والى
فيها فهو عمد ع (قوله وله
قوله عليه السلام الا ان الخ
ابن ابي شعبة في مصنعه في
الديات عن الحسن قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم
قتل السوط والعصا شبه عمد

والقصاص يصلح للماتل وفيه مصلحة الامياء زجرا وجبرا فتعين
وفي الخطا وجوب المال ضرورة صدور الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم
قتل الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفع الهلاك ولا كفارة فيه عندنا
وعند الشافعى ره يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اس منها اليه في الخطاء
فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العباداة فلا تناط
بمثلها لان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها
لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل
قال (وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولما اجرى مجرى السلاح) وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعى
اذا ضرب به بحجر عظيم او بحشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد
ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه ينقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة
لا يقتل بها غالبا لانه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد
ولا ينقاصر باستعمال آلة لا تثبت لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان
عمدا موجبا للقتل قوله عليه السلام الا ان قتل خطاء العمد قتل السوط
والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة
فيه اذا لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا
الصغيرة قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد
في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطاء (والدية مغلظة على العاقلة)
والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهم على
العاقلة اعتناء بالخطاء وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى
الله عنه وتجب مغلظة وسنيتين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (ويتعلق
به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والقيمة تؤثر في سقوط القصاص
دون حرمان الميراث ومالك وانكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٢٩

ببعض ما من الابل ت (قوله الا ان قتل الخ وجه الاستدلال انه عليه السلام جعل قتل السوط والعصا مطلقا شبه عمد
تخصيصه بالصغيرة ابطال الاطلاق وهو لا يجوز ع (قوله ولان الآلة الخ اى لان العصا الصغيرة والكبيرة
تساويا في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذا لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله
ولا استعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويا القتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكلنا بالكبيرة

(قوله الخطاء على نوعين انما انحصر على هذين النوعين لان رمية السهم الى شئ معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارمة وهو الرمي فلو اتصل الخصاء بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين انحصر الخطاء المتصل بفعل الرمي ايضا على هذين النوعين ضرورة كـ (قوله غرضا بمعجمتين بينهما راء متحركة وهو الهدف الذي يرمى اليه بالبنار (قوله قالوا المراد اثم القتل اى اثم قصد القتل ﴿٤٥٥﴾ فاما القتل في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت وهذا الاثم اثم القتل لان نفس ترك المبالغة في التثبت ليس باثم وانما يصير به اذا اتصل به القتل فيصير الكفارة لذنوب القتل وان لم يكن فيه اثم قصد القتل كـ (قوله بخلاف ما اذا تعدى الخ متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاعطاه فاصاب عنقه فقتله فهو دم فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ كـ (قوله مثل النائم الخ لان هذا ليس بخطاء حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطيا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فيجعل الخطاء لانه معدوم كالخطي زيلعي (قوله فعلمه حكم الخطاء في الشرع ولكنه دون الخطاء حقيقة فانه ليس من اهل القصد اصلا وانما وجبت الكفارة لترك التعرز عن

ما اسلفناه قال (والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمى شئ صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى «فمجرى رمية مؤمنة ودية مسلمة الى اهله» الآية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه (ولا اثم فيه) يعنى في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في مال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فاعطاه فاصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمجل الواحد قال (وما جرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كعافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجب اذ اتلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعمد فيه فانزل موقع اذ افعاف وجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعي ره يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولذا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقى في حق غيره على الاصل وهوان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا) اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلتتلف شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد

(العمومات) نومه في موضع يتوهم ان يصير قاتلا والكفارة في قتل الخطاء انما يجب لترك التعرز ايضا وحرمان الميراث لمباشرة القتل ويتوهم ان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الارث كـ (قوله بسبب ما يوجب القصاص وما لا يوجهه لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جعلتها العمد وهو ما يوجب القصاص وقد لا يوجهه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة ع

(قوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيما أن النفس بالنفس وقوله عليه السلام القود العمد ع) (قوله أن لا يقتل الخ لأن قوله الحر بالحر وقع تفسيراً لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمعتبر هو التفسير ولأن هذا يقتض مضابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار فمن قال بقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلاً بجنس الاحرار قصاصاً بل يكون بعضهم مقابلاً لبعض ك) (قوله

٤٥١

للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى «الحر بالحر والعبد بالعبد» ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن معنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدین يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال (والمسلم بالنمى) خلافاً للشافعي له قوله عليه السلام «لا يقتل مؤمن بكافر» ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة ولما روى أن النبي عليه السلام قتل مسلماً بنمى ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف والدار والمبيع كفر المجارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء شبهة المارد بما روى الحر بن لسيافه ولا ذومع في عهد والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأن) لأنه غير محقق الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع (ولا يقتل النمى بالمستأن) لما بينا (ويقتل المستأن بالمستأن) قياساً للمساواة ولا يقتل استحصاناً لقيام المبيع (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير

بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقابل والتفاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام «لا يقاد الوالد بولده» وهو باطلاقة حجة على مالك في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحاً ولأنه سبب لاحتياجه فمن المحال أن يستحق له افناءه ولهذا لا يجوز له قتله وأن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن فالقصاص يستحقه المقتول ثم يغلفه وارثه والجحد من قبل الرجال والنساء وأن علافى هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب والأم قريت أم بعدت لما بينا ويقتل الركب بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبده)

يعنى عندنا ع

٢٩ *

(قوله والمبيع الخ جواب عن قوله وكذا الكفر مبيع وتقريره أنا لأنسلم أن مطلق الكفر مبيع بل المبيع كفر المعارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله إلى قوله حتى يعطوا الجزية ع (قوله والقتل بمثله أى قتل النمى بالنمى دليل على أن كفر النمى لا يورث شبهة إباحة القتل إذ لا يورث شبهة لما جرى القصاص بين النملين كما لا يجرى بين الحر وبين ك

(قوله ولا ولده عطف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز للمفاصل اي لا يستوجب والمدعى عليه اذا قتل
 ابوه عبد ولده ن (قوله ومن ورث قصاصا الخ بان قتل الاب ام ابنه مثلا ورث الابن قصاص امه على ابيه ك
 (قوله ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه يقطع يد القاتل ويجهل مثل تلك المدة
 فان مات ولا فيعجز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او وطى صغيرة
 او لاط بصبي فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي فيه **٤٥٢** قال بعضهم يعز رقبته ولا يفعل به
 مثل ما فعل وقال بعضهم يتخلف
 آلة من خشب مثل آلة
 الرجل فيفعل به مثل ما فعل
 وفي الخمر يؤجر الماء حتى
 يموت تحقيقا للمساواة ك
 (قوله ولان فيما ذهب اليه
 الخ دليل معقول يتضمن
 الجواب عن قوله لان مبنى
 القصص على المساواة
 ووجهه لان السلم وجود المساواة
 فيما ذهب اليه لان فيما الخ
 (قوله كما في كسر العظم اي
 عمدا فانه لا يجب القصص
 اصلا الا في السن لتوهم
 الزيادة فلان يسقط البعض
 منه اولى ك (قوله فلا يبالى
 به كما اذا قال المقر لك عليك
 الف من ثمن بيع وقال المقر
 له لا بل قرض يجب الالف
 على المقر ك (قوله اذا ظهر
 الاختلاف الخ فان على قول
 على وعبد الله بن مسعود
 رضى الله عنهما يموت حرا
 اذا ادبت كتابته فيكون
 استيفاء القصص لورثته
 وعلى قول زيد بن ثابت
 رضى الله عنه يموت عبدا
 واستيفاء القصص للمولى ك
 (قوله بخلاف معتق البعض
 الخ حيث لا قصاص لان يعجز

ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه
 القصص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصص
 لا يتجزى قال (ومن ورث قصاصا على ابيه سقط) لمحرمه الابوة قال
 (ولا يستوفى القصص الا بالسيف) وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل
 ان كان فعلا مشروعا فان مات ولا تعز رقبته لان مبنى القصص على
 المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح
 ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لولم يحصل المقصود مثل ما فعل
 فيعجز فيجب التعز عنه كما في كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عبدا
 وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصص عند ابي حنيفة وابي
 يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء
 فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره
 بعنى هذه الجارية بكندا وقال المولى زوجها منك لا يجعل له وطبها
 لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على
 التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يقضى الى المنازعة
 ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك
 اليمين يفاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء له وارث غير المولى فلا قصاص
 وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا
 والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم
 في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها
 (وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصص للمولى في قولهم
 جميعا) لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق
 البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز
 (واذا قتل عبد الرهن في يد المرتن لم يجب القصص حتى يجتمع الراهن
 والمرتن لان المرتن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتن
 في الدين) فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتن برضاه قال
 (واذا قتل ولى المعتوه فلا يبالى به ان يقتل) لانه من الولاية على النفس

المكاتب ينسخ الكتابة وموت المعتق لا يوجب
 انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجزا ك (قوله ليسقط حق المرتن برضاه فيه نزع
 اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه والجواب عنه ان الاستيفاء وان
 بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود اما بالصلح او بدعوى الشهمة في القتل فيصير خطأ ك

(شرع)

(قوله قبليه كالانكاح ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص وذلك لان القصاص شرع لتشفى الصدر وللاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فلذلك جعل التشفى الحاصل للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ كـ (قوله وله ان يصالح لكن هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الخطر وان قل ويجب كمال الدية كـ ﴿ ٤٥٣ ﴾ (قوله لما ذكرنا اراد به قوله لانه من الولاية على النفس

شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر كـ (قوله وهذا من قبيله اى استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس كـ (قوله تحت هذا الاطلاق يراد به قوله والرصى بمنزلة الاب في جميع ذلك عـ (قوله ان الرصى لا يملك الصلح اى عن النفس على المال اما يملك الرصى الصلح عما دون النفس على المال لانه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال كـ (قوله لمافيه من الابطال اى ابطال حق المعنوه من القصاص والمالك (قوله بمنزلة المعنوه اى اذا قتل قريب الصغير فلا يبه ان يقتنص وله ان يصالح وليس للرصى ان يقتنص وذكر الامام النمر تاشى ولو قتل عبد البتيم لم يكن ان يقتنص ولو كان الاب حيا له ان يقتنص وله ان يصالح كـ (قوله وله اولياء صغار وكبار بان كان للمقتول اخوان احد هما صغير والاخر كبير كـ (قوله لعدم التجري وذلك لانه تصرف في الروح

شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر قبليه كالانكاح (وله ان يصالح) لانه انظر في حق المعنوه وليس له ان يعفوه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعنوه عمدا) لما ذكرنا (والرصى بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الرصى لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاغتياض عنه فينزل منزلة استيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لمافيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الرصى الاستيفاء في الطرف كالا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفى وفي الاستعسان يملكه لان الاطراف يملك بها مملك الاموال فانها خلقت وقاية للنفس كالمال على ما عرفت فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعنوه في هذا والقاض بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاض بمنزلة فيه قال (ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحد هما غائب اركان بين الموليين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فثبت لكل واحد منهما كمالا كفا في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة الموليين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا يهر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية) قال رضى الله عنه وهذا اذا اصابه بحمد الحديد لوجود

وذا لا يقبل الوصف بالتجزى كـ (قوله اذ كان بين الموليين صورتها فيما اذا كان العبد مشتركا بين الكبير والصغير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق نـ (قوله منقطع اى في حال استيفاء القصاص لان الصغير ليس من اهل العفو وانما ينوهم عفو بعد بلوغه وشبهة عفوهم اعراضه لا يمنع استيفاء القصاص بخلاف الكبيرين واحدهما غائب لان هناك شبهة العفو موجودة لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به وعفو الغائب صحيح مل

(قوله اعتبارا منه للآلة وهو الحديث لان الحديث معد لذلك في الدنيا والاخرة قال الله تعالى وانزلنا الحديث فيه بأس شديد وهو القتل وقوله تعالى ولهم مقامع من حديثك (قوله انما يجب اذا جرح لان بدون الجرح لا يتكامل افساد الظاهر فلا يستدعي العقوبة المنهاية بل (قوله ولنا ما روينا الان الخ لا يقال انه محمول على عدم الموالاة لانا نقول ان اجراءه على اطلاقه اولى اذ فيه ورد القصص وهو مندوب اليه ك (قوله وعساه اصاب القتل اي زمان ٤٥٤ ٤٥٥ القتل اي الموت وان لم يكن قاصدا للقتل اعظمي (قوله ومن غرق الخ ذكر محمد ره التفريق بالماء مطلقا وهو على ثلاثة اوجه ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيرا الا انه يمكنه النجاة بالسياسة فهو شبه العمى عندنا وان كان الماء كثيرا ولا يمكنه النجاة بالسياسة كالمجر فهذا مسئله الكتاب كذا في بعض الفوائد ك (قوله كما بيناه اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا ع (قوله لهم قوله الشيخ اي للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول او للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص والاستيفاء ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصص وفي الاستيفاء لم يعملوا بهذا الحديث لقول عليه السلام لا قود الا بالسيوف ك (قوله غير مرفوع فلا يكون حجة عنده

لانه لا يرى العمل بالموقوف اعظمي (قوله وقد اومت اليه اي الى الحمل على السياسة اضافة النبي عليه السلام فعل التفريق الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل من غرق بغرقك (قوله واختلف الروايتين اي عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روى ان لا كفارة في شبه العمى وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد عنايه (قوله عليه السلام من غرق مرقناه ومن غرق غرقناه لم يثبت مرفوعا وانما هو من كلام زهاد كافي

الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديث فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديث وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه انشا الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضرب بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئله الموالاة ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الان قتيل خطأ العمى ويرد في شبه العمى الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب اولعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعري اول الفعل عنه وعساه اصاب القتل والشبهة دارئة للقود فوجب الدية قال (ومن غرق صبيا او بالغ في البحر فلا قصاص) عند ابي حنيفة وقلا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى جزاء وعنده بغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة فائنة فاستعمالها اماراة العمدية ولا مراة في العصمة وله قوله عليه السلام الان قتيل خطأ العمى قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصص ينهى عن المماثلة ومنه يقال اقنص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والندق لقصور الثاني عن تهريب الظاهر وكذا يتمثالان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصص) لوجود السبب وعدم ما يبطل مكنه

عليه (قوله وقد اومت اليه اي الى الحمل على السياسة اضافة النبي عليه السلام فعل التفريق الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل من غرق بغرقك (قوله واختلف الروايتين اي عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روى ان لا كفارة في شبه العمى وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد عنايه (قوله عليه السلام من غرق مرقناه ومن غرق غرقناه لم يثبت مرفوعا وانما هو من كلام زهاد كافي

(قوله على ما نطق به نص الكتاب وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فذمير رقيقة مؤمنة ودية مسلمة
الدية كـ) قوله ولما اختلفت اى توالى روى ان سيوف المسلمين توالى على اليمان اى حنيقة في بعض
الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقتلوه على ظن انه مشرك فقتلوه على ظن انه مشرك فقتلوه
حنيقة (قوله فان كان الخ اى فان ام يكونوا مختلطين بل كانوا مسلمين في صف المشركين وان لم يكن
لصحة تقوية الكفار لاتجب الدية ٤٥٥ اعظمى) قوله وفي النوادر ان عند ابي حنيفة الخ هذا

اثر كون فعله غير معتبر
لانه لما كان يغسل ويصلى
عليه صار كانه مات حقيق
انفه بمرضه من غير فعله
على نفسه عندهما اما عند
ابي يوسف رح فجنابته
على نفسه معتبرة حتى لا
يصلى عليه وصار بمنزلة
الباغي ولو كان فعله هدر
اصلا كنهش الحية ولم يكن
جناية مع كونه مقتولا حقيقة
لكان شهيدا ويسقط غسله
فلم يكن فعله هدر مطلقا
فكان جنسا آخر وفعل
الاسد والحية هدر
في الدنيا والاخرة وفعل
الاجنبى معتبر في الدنيا
والاخرة فيكون النفس
بفعل كل واحد ثلثه فيجب
عليه ثلث الدية كـ
(قوله فصل لما فرغ من
بيان المسائل التى توجب
القصاص المحقق بها فصلا
يشتمل على المسائل
التي لها عرصة ايجاب
القصاص ع) قوله والمعنى
اى معنى الوجوب دفع
الضرر لان الواجب وهو
دفع الشر على اى وجه

في الظاهر فاضيف اليه قال (واذا التقي الصفا من المسلمين والمشركين
فقتل مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا
احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطا بنوعيه لا يوجب القود ويوجب
الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف
المسلمين على اليمان اى حنيقة رض قضي رسول الله عليه السلام
بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف
المشركين لاتجب لسقوط عصمته بهنكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر
سوادهم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبى ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية
جنس واحد لكونه هدر في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا
معتبر في الاخرة حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد
بغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف ره يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح
السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في
كتاب التنجيس والمزيد فلم يكن هدر مطلقا وكان جنسا آخر وفعل
الاجنبى معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس فكأن النفس
ثلاث بثلاثة افعال فيكون التلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث
الدية والله اعلم فصل قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه)
لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ
فنسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله
وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه
اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير
من شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر
او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلاشئ
عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل
والعصا الصغيرة وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه

لان عين القتل عنابه (قوله وفي سرقة الخ وانما ذكر هذه لزيادة بيان فيها ما ليس في قوله ومن شهر
على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه وهو قوله فلاشئ عليه وانما ذكر هذه لفائدة وهو ان الجائز ان
يجوز قتله وعليه الضمان كما في قتل الجمل الصيائل واكل مال الغير مال المخصصة فقال فلاشئ عليه
لنفع هذا الوهم كـ رواه النسائي من حديث ابن ابي الزبير والحاكم في المستدر كـ عن معمر مرفوعا
من شهر سيفه فدمه هدر شرح نقايه

(قوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صلا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة ع) (قوله فاشبه المكره صورته ان رجلا كره غيره بالسلاح على ان يقتله وتعتق عند المكره انه لو لم يقتله لقتله هو فقتله فلا شيء عليه ولا يقال بان عند الشافعي يجب القصاص على المكره فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول انما يجب القصاص عندك على المكره اذا كان المقتول غير المكره فلما اذا اكره المكره على قتل المكره فقتله فلا رداية فيه ويعتدل ان لا يجب **٥٥٦** القصاص عندك ههنا لان المكره اسقط عصمة نفسه بالاكره

الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهر في غير المص في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتلته كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تليث يعتدل ان يكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله) وقال الشافعي لاشي عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف ره انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي ره انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولا ييوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تعتق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتها حقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان مستطيا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حق المالك وفعل الدابة لا يصلح مستطيا وكذا فعلهما وان كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشرف فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا في المص) فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفاعا الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يمتك من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينهى عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص

(وهو ما)

فلا يجب القصاص بقتله بخلاف ما اذا كان المقتول غير المكره لان المقتول ثمة معصوم فافترقا ك (قوله ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما الى على الشاهر وهو الصبي والمجنون ك) (قوله فضربه اى فضربه الشاهر فانصرف ثم قتله المشهور عليه فعلى القاتل القصاص ههنا اذا ضربه الاول وكفى عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا لانه لما شاهر حل دمه دفعا لشره فلمالم يقتله وكفى عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع ضرر فلزمه القصاص ك (قوله اذا كان لا يمتك اما اذا امكنه بطريق آخر كالتهديد والاصباح عليه يكون القتل مضمونا ك) (قوله

والجروح قصاص اى ذات

قصاص في شرح الاقطع فاقضت الابة ثبوت القصاص فيما دون النفس وفي الايضاح فصار القصاص في مادون النفس مشروعا بهذه الاية والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الاجزاء ولفظ القصاص ينهى عن هذا كفايه لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة النجس وهو القصاص في الطرف ع

(قوله لا تمتنع المماثلة في القلع لانها اذا قودت فقد تعذر اعتبار المماثلة لانه ليس له حد معلوم ومن المأخذ ان يكون الثاني زائداً) (قوله تعالى له المرأة بكسر الميم ومد الهمزة آلة الروية ورأيت على بعض العلماء ان المراد بها ههنا فولاد صقيل يرى به الوجه لا المرأة المعروفة من الزجاجة رد المختار (قوله وهو مأثور الخ كانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضى الله عنه فشاور والصحابه فقال على رضى الله عنه يجب القصاص

٤٥٧

فبين امكانه بالطريق الذى ذكرناه زيلعى (قوله لما تلوناه اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفى بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله يبنىء عن المماثلة ع) (قوله يقطع الثاني ويغالفه ما قال فى الكفاية اذا قلع السن فانه لا يقطع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثانية ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن ل (قوله وليس فيما دون الخ قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيعمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمدان حصل فيما دون النفس وامكن القصاص جعل عمداً روى ان الربيع عمه انس بن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار باللمطة فامر النبي عليه السلام بالقصاص واللمطة ان كانت على النفس لا تجب القود وان لم يكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش ع (قوله والقتل هو الذى يختلف الخ لانه عبارة عن ازهاق الروح

وما لا فلا وقد امكن فى القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانى والاذن لا مكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لا تمتنع المماثلة فى القلع وان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لا مكان المماثلة على ما قال فى الكتاب تعالى له المرأة يجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرأة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم قال (وفى السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالهن (وان كان سن من يقص منه اكبر من سن الآخر) لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفى كل شجة نتعق فيها المماثلة القصاص) اما تلوناه قال (ولا قصاص فى عظم الا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر رضى الله عنه وابن مسعود رضى الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص فى العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقطع الثاني فيتماثلان قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذى يختلف باختلاف فهادون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافاً للشافعى فى جميع ذلك الا فى الحر يقطع طرفى العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعيم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلى ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الاطراف بين المسلم والكافر) المتساوى بينهما فى الارش قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جراحة فبرء منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار

وهو غير محسوس فاقبمت الآلة الصالحة لتفريق الاجزاء مقام ازهاق بخلاف الاطراف لانها محسوسة فلا حاجة الى ذلك ل (قوله لكونها تابعة لها يعنى ان الاطراف تابعة للنفس فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفس فكذلك فى الاطراف لكونها تابعة لها ع

(قوله كالمثلث اذا انصرف الفخ يعني لم يبق منه الا ناقص الصفة كان المثلث بالخيار ان شاء اخذ ناقصا وان شاء عدل الى القيمة كذا ههنا فيسقط حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد كـ (قوله فقد رضى به يعني انه رضى باستيفاء الحق ناقصا والغائب كالوصف والوصف منفرد عن الاصل غير مضمون فيسقط حقه في الموصف (قوله ههنا وعند الشافعي له الارش لان عنده المال ضمان اصيل كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين الآخر كـ (قوله فصارت سالمة له معنى فان قيل ﴿ ٤٥٨ ﴾

يشكل بما اذا قطع القاطع بنفسه بنفسه فلا يسقط حق المقطوع وان لم يسلم يد القاطع له معنى قلنا انما يسقط ثمة وان لم يوجد السلامة لمعنى آخر وهو انه اتلف محلا تعالى به حق الغير فصار ضمانا كما في العبد الرهن اذا اتلفه الراهن ونصاب الزكوة اذا اتلفه المالك بعد وجوب الزكوة فلا يكون قادم المأذونا من المعنى كـ (قوله وهو لا تستوعب ما بين قرني الشاج ليكون رأس الشاج اكبر من رأس المشجوع فاذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجة يبقى قطعة ما بين قرنيه لاشجة فيه كـ (قوله فيخير وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي ان له ان يستوفى ما بين قرني الشاج وان كان اوسع اعتبارا باليد فان الكبيرة تقطع بالصغيرة والجواب ان القصاص في الشجة انما يثبت لاجل الشين الذي يتعلق بها لا لاجل المنفعة ولهذا لو برت وعادت كما كان سقط الضمان والشين

المماثلة فيه اذا الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البر نادرفيقتض الثاني الى الهلاك ظاهر اقال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع שלא او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كمالا متعذر فله ان يتجاوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلث اذا انصرف عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاه ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه او قطعت ظلما فلا شئ له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بغواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال (ومن شج رجلا فاسفوتعت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوع بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجة يبتدىء من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش) لان الشجة موهبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوع فيتنقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه بخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كما للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جهة الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب) لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الان تقطع المشقة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حدي يعرف فيمكن اعتبار المساواة

(والشفة)

يرداد بزيادة الشجة والقصاص في اليد لنفويت المنفعة والصغيرة كالكبيرة كـ (قوله للتعدي الى غير حقه اى في مقدار الشين لافي قدر الشجة كـ (قوله وعن ابي يوسف انه الفخ القاض يخان مكي شلا في شوحه على الجامع الصغير رواية ابي يوسف في الذكر واللسان رد المختار شلت يد بالغتخ ومثللا محرقة

(قوله فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها وورده بعد ذلك في فصل على مدع (قوله بولت الآية الخ تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن الضحاك ومجاهد فمن اعطى له على سهولة واريد به ولي القنيل يقال هذا اذاك عفوا اى سهلا من اخيه اى من جهة اخيه المقتول شئ اى شئ من المال بطريق الصلح وتكرانه مجهول القدر فانه مقدربا تراضيا عليه بالمعروف اى فله اتباع اى فلولي القنيل اتباع المصالح المعروف اى مطابقتها ببدل الصلح ﴿ ١٤٥٩ ﴾ على حسن معاملة واداء اليه باحسان اى وعلى المصالح

اداء الى ولي القنيل باحسان في الاداء ومحال جماعة

وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود

في عقر بعض الاولياء ويدل عليه قوله شئ فانه

يراد به البعض وتقديره فمن عفى له وهو القاتل

من اخيه في الدين وهو المقتول شئ من القصاص

بان كان القنيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصب

الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث

فاتباع اى فليتبع الذين لم يعفو القاتل بطلب

حصصهم بالمعروف اى بقدر حقوقهم من غير زيادة

واداء اليه باحسان اى وليود القاتل الى غير

العاقب حقه واقبى غير ناقص واريد بالمصير في

قوله فاتباع واداء اليه الامر بهذا العقل كما في

قوله تعالى فتجري رربة ك (قوله الحديث تمامه

فاما بين خيرتين ان شاؤا اقادوا وان شاؤا اخذوا

والشفقة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

قال (واذا اصطلح القاتل واولياء القنيل على مال سقط القصاص) ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ

الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتله قنيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بينا وهو الصلح

بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقليل والكثير

فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفرض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو مال لانه مال واجب بالعقد والاصل في

انقائه الحلول نعم والمهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعيدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن

دهما على التى درهم ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان) لان عقد الصلح اضيف اليهما (واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من

نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لما لك

والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل

زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصليب وابن الابن فيثبت لسائر الورثة

والزوجة تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط

عفوا واصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب

الدية كذا في الاسرار ك (قوله والمراد والله اعلم الخ انما يحتاج الى قوله والمراد لان ظاهر الحديث يشهد

للمنافع في احد قوليه القنيل وبين ان يقتل وبين ان يأخذ المال بغير رضاه ل (قوله على ما بيناه من انه ليس اولى القنيل العدول من القصاص الا برضا القاتل ك

(قوله بمعنى راجع القاتل وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كما في الخطأ
فإن العجز عن القصاص ثمه لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئاً (قوله لأن الواجب نصف الدية يعني
بالعفو فيكون في السنة الأولى الثلث وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأ ع (قوله فكذلك
بعضه هذا كالألف إذا كانت مؤجلة إلى ثلاث سنين كان كل درهم منها مؤجلاً إلى ثلاث سنين كـ (قوله في سنتين
الخ إذا كان الواجب ثلث الدية وأقل منه يجب في سنة ٤٥٠) واحدة وإذا كان أكثر من ثلث إلى تمام
الثلثين يجب في سنتين
وإذا كان أكثر من الثلثين
إلى تمام الدية يجب في ثلاث
سنين نفايه (قوله اقتص
من جميعهم والقياس
لا يقتضيه لانتفاء المساواة
لكنه ترك بهاروى أن سبعة
من أهل صنعاء قتلوا رجلاً
فقضى عمر رضى الله عنه
بالقصاص عليهم وقال لو
تملأ أهل صنعاء لقتلهم
والتماثل التعاون ع (قوله
لقول عمر الخ روى محمد
بن الحسن في مسوطائه
والشافعي في مسنده كلاهما
عن مالك عن يحيى
بن سعيد عن سعيد
بن المسيب أن عمر بن
الخطاب قتل خمسة وسبعة
برجل قتلوه غلته أى خفيته
وقال لو تملأ عليه أهل
صنعاء لقتلهم شرح نفايه
(قوله ولأن القتل بطريق
التغالب غالب فإن القتل
بغير حق لا يتحقق غالباً
الأباجماع لأن الواحد يقاوم
الواحد وما غلب وقوعه
من الفساد يوجب مزجرة
فيجب القصاص تحقيقاً للحكمة

هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لا تعدادهما
وإذا سقط القصاص يتقلب نصيب الباقيين ما لا لأنه امتنع لمعنى راجع
إلى القاتل وليس للعاقب شئ من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب
ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما إذا كان بين
الشريكين فعلى أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بهما إذا قطعت
يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين
فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع
ويجب في ماله لأنه عمدة قال (وإذا قتل جماعة واحد أعتد اقتص من جميعهم
لقول عمر رضى الله عنه فيه لو تملأ عليه أهل صنعاء لقتلهم ولأن القتل
بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً للحكمة
الأحياء (وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم
ولاشئ لهم غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له سقط حق الباقيين) وقال
الشافعي ره يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وإن اجتمعوا ولم يعرف
الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت
قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي يتحقق في حقه قتل واحد
فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول إلا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل
واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم
يكن كذلك لما وجب القصاص ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح
صالح للازهاق فيضاف إلى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولأن القصاص شرع
مع المنافي لتحقيق الأحياء وقد حصل مقتله فاكتفى به قال (ومن وجب
عليه القصاص إذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء
فأشبه موت العبد المجاني ويتأني فيه خلاف الشافعي ره اذ الواجب
أحدهما عنده قال (وإذا قطع رجلان يدرجل واحد فساقصص
على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي ره يقطع

الأحياء فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن الاقتصاص فيؤدى (بدأها
أى سبب باب القصاص ع (قوله يقتل بالاول منهم يعني أن قتلهم على التعاقب وأن قتلهم جملة أو جهل الاول
قتل لهم أو قسم الديات بينهم أو يقرع ع (قوله أصلاً أى أصل ثبوت التماثل لفصل الاول وهو ما إذا قتل
جماعة واحد أو الجماعة يقتلون بالواحد أجمعاً يعني أن الجماعة إذا قتلوا واحداً اعتبر كل واحد منهم قاتلاً على
الكمال ولو لا هذا لما وجب القصاص فكذلك إذا وقع القتل جزاء جعل كل واحد منهم مستوفياً حقه على الكمال)

(قوله) والمفروض اى صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعى فيما اذا اخذنا سكيننا واحدا
ورضعاه في جانب واحد من يده وامراه على مفصل يده حتى ابانا يده اما لورضع احدهما السكين
من جانب الآخر من جانب آخر وامراه حتى التقى السكينان لايجب القصاص عنه ايضا لان كلا منهما
لم يقطع البعض يده فلا يقطع به كل يده وهذا بخلاف النفس فانه اذا وضع احدهما السكين على حلقه
لا يقطع على قفاه وامراه حتى ﴿ ٤٦١ ﴾ التقى السكينان بجعب القصاص عليهما لان القتل ازهاق
للحيوة وهو لا يجتمل الوصف

بداهما والمفروض اذا اخذنا سكيننا وامراه على يث حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما
والمحل منجز فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مائة بخلاف النفس
لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز النذرة لافتنقاره الى مقدمات
بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة
وهما قطعاهما (وان قطع واحد يمينى رجلين فخصرا فلهما ان يقطعا يده
ويأخذانه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا وعلى التعاقب)
وقال الشافعى في التعاقب يقطع بالاول وفي القرآن يقرع لان اليد استحقها
الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد
الواحدة لانفى بالمحقين فترجع بالقرعة ولنا انها استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريبيين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع
المنافى فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فغاو عنه فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما
على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا اثر
عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي حقه وثبوت حقه وتردد حق الغائب
واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه ادى به
فما استحقا قال (اذا اقر العبد بقبل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح
اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه
غير منهم فيه لانه مضربه فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق
الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالمحدود والقصاص وبطلان
حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنقد السهم
منه الى آخر ما تافعله القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته) لان الاول

بالتجزى فيضاف الى كل
واحد منهما كملا ك (قوله)
له الاعتبار بالانفس اى
اعتبار اى بالانفس ام الكونها
تابعة لها او ان يجمع بينهما
بجامع الزجر (قوله) قاطع
بعض اليد لان القطع
هو الفصل بين المتصلين
ونحن نتيقن ان الفصل
هنا بقرة كل واحد منهما
وان ما انقطع بفعل احدهما
لم ينقطع بفعل الآخر
ولا معتبر بامرار كل واحد
منهما السكين على جميع
العض لان امرار السكين
من غير قطع به وجوده
كعدمه فيكون كل واحد منهما
قاطعا بعض اليد فلا يقطع
جميع يده بقطعه بعض اليد
لاشترائط التماثل والقياس
في النفس هكذا وانما
تركناه بالاثار والاجماع
وهذا ليس في معناها حتى
يلحق بها لان الفعل
في النفس لا يوصف بالتجزى
لانه تصرف في الروح
ولا ينصور انزهاق بعضه
دون البعض فاضيف الى كل
واحد كملا ضرورة عدم

التجزى اما الفعل في الطرف فيوصف بالتجزى الا ترى انه يتحقق ان يقطع بعض اليد وينترك ما بقى
مبجمل كل واحد منهما قاطعا للبعض ك (قوله) لثبوت حقه وتردد حق الخيعنى ان حق الحاضر ثابت
في اليد ومزاممة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى ان يعفر او لا يعفر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد
الضامين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك ع

(قوله والفعل يتعدد بتعدد الادر لان الرمي الواحد جاز ان يتعدد بتعدد آثاره فان الانسان اذا ارسل سهمًا ليسمى رميًا واذا مزق جلد حيوان ولم يموت يسمى جرحًا واذا اصاب ومات يسمى قتلًا واذا اصاب كوزًا وفرق تركيبه يسمى كسرًا واذا نفذ السهم الى غير المرمى اليه صار بهفوة فعل آخر وهو فيه مخطف فيجب الدية كـ (قوله فصل ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل عمد اعتبارا للتناسب ع) قوله بعض المخرج فيجعل الثاني ٤٢٢ تنميما للاول ويجعل السك

عمد والثاني احد نوعي الخطاء كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل قال (ومن قطع يده رجل خطأ ثم قتله عمد اقبل ان تهرأ ايده او قطع يده عمد ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمد فبرأت ثم قتله عمد افانه يوجب بالامر من جميعا) والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما لم تكن تنميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض المخرج الان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانس بان كانا خطأ بين يجمع بالايجاع لا يمكن الجمع واكتفى بدية واحدة (وان كان قطع يده عمد اثم قتله عمد اقبل ان تهرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقبلوه وان شاء قال اقبلوه) وهذا عند ابي حنيفة وقال لا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر اولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأ بين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استعظام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتبعان قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة انتملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف

واحد الان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او تخليل البرء فع يعطى كل واحد منهما حكم نفسه ع (قوله وهو قاطع للسراية فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما ع (قوله لا مكان الجمع بان انقضاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف ع) قوله فان شاء الامام الخ قال شمس الاثمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للمولى فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم ان لهم الخيار ع (قوله وهو متعذر زيراجه درتداخل كشته ميشود وقطع يدغالى مى مانند از جزا ترجمه) قوله اولان الحز اى من الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدر من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذلك اذا كانا من شخص واحد فيقطع الا ليا يده ثم يقتلونه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه

من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى يكون لاستيفاءهما وبالاكتفاء بالقتل لم يوجد المماثلة الامعنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة فيغير الرمي زيلعى (قوله فصار الخ اى اذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء والجمع فيه بالاتفاق ع

(قوله حكومة عدل تفسير حكومة العدل انه لو كان عبدا مجروحا يقوم كم قيمته وبدون الجرامة كم قيمته فيضمن التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية وفي العبد من القيمة كـ) (قوله تجب حكومة العدل دون الارش لان حكومة العدل انما يكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرء وليس وجود وهذا يشير الى انه ان لم يكن يجرى في الابتداء لا يجب شيء بالانفاق وان جرح واندمل ﴿ ٤٦٣ ﴾ ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه

لم يكن الامجد الالم وهو لا يوجب شيئا كمالو ضرب ضربا موعا (قوله عفو عن موجب لانه نفس الفعل لا يعتمد العفو لانه عرض كما وجد يتلاشى فيكون المراد موجب وموجب نوعان القطع اذا اقتصر والقفل اذا سري فيكون عفو عنهما كمالو قال ابرء تلك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب وهو رد العين عند قيامه ورد القيمة بعد هلاكه وكذلك المشتري اذا ابرء البائع عن العيب يكون ابراء عن موجب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند التعذر كـ (قوله يتناول الساري والمقتصر الا ترى ان الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى ان من قال لآخر اقطع بدي فقطعها ثم سري الى النفس لم يضمن فاذا جعل الاذن بالقطع اذناه وبما يحدث منه فكذلك العفو عن القطع لان العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء

في مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب (وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب حكومة العدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب اعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يدرجل فعفا عن القطع) وما يحدث منه ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عبدا فهو من جميع المال) وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سري الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجب وموجب القطع لو اقتصر او القفل اذا سري فكان العفو عنه عفو عن موجب وموجبهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجنابة فانه يتناول الجنابة السارية والمقتصرة كذلك هذا وان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصر بوجه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية نبين ان الواقع قتل وعفا فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الان في الاستحسان تجب الدية لان صورته العفو اورثت شبهة وهي دائرة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفاته بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجنابة لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عبدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة اما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باهارة ارضه اما الخطأ

(قوله ولم يتعلق به الخ لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتكففون يتكففون بالغنى وهو المال فلولا لم يتعلق به لتصرف به وتركهم حالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ع

(قوله فيعتبر من الثالث فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جواز الوصية بجميع الثالث ههنا حتى مع في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لاتصح للقاتل قلنا انما يجوز ذلك لان المجر وح لم يقل او وصيت لك بثالث الدية وانما عاقبته المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز وقال بعضهم يسقط قدر نصيب القاتل (قوله ثم مات قيد بالموت في وجوب مهر المثل لانه لو لم يموت فنزوجهما على اليد صحت التسمية ويصير ارش ذلك وهو ٢٤ ٢٤ ٢٤ خمسة الاف درهم مهر المثل بالاجماع

سواء كان القطع عمدا او خطأ
تزوجها على القطع او على
القطع وما يحدث عنه او على
الجناية لانه لما برء تبين ان
موجبها الارش دون القصاص
لان القصاص لا يجري في
الاطراف بين الرجل والمرأة
والارش يصلح صدقا كذا
ذكره الامام قاضيخان
والمجبوري ك (قوله يكون
هذا تزوجا الخ فان قيل
القصاص لا يجري في الطرف
من الرجل والمرأة فكيف
يكون تزوجا على القصاص
في الطرف قلنا القصاص
هو الواجب الاصلى نظرا
الى ظاهر قوله تعالى والجروح
قصاص الا انه تعذر الاستيفاء
لقيام المانع وهو التفاوت
بين طرفيهما ك (قوله لاسيما
على تقدير السقوط فانه
ان لم يصلح مهرًا على تقدير
ثبوته لا يصلح على تقدير
سقوطه بالطريق الاولى
والقصاص يسقط ههنا
اما بقبولها التزوج لان
سقوطه منعك بالقبول فلما
قبلت سقط واما باعتبار

فموجبها المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثالث قال (واذا قطعت
المرأة يد رجل فنزوجهما على يد ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقبتها الدية
ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها) وهذا عند ابي حنيفة لان العفو
عن اليد اذا لم يكن عفرا عما يحدث منه عند فالتزوج على اليد لا يكون
تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على
القصاص في الطرف وهو ليس بماله فلا يصلح مهر لاسيما على تقدير
السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان
يتضمن العفو على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف
في هذه الصورة واذا سري تبين انه قتل النفس ولم يتناول العفو فيجب
الدية وتجب في مالها لانه عمدا والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه
واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء
وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر ترده الورثة
عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا
سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر
المثل كما اذا تزوجها على ماقى اليد ولاش فيها ولا يتقصان لان
الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر له اقسام (ولو تزوجها على
اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمدا فلها
مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرًا فيجب مهر
المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا
شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرًا فقد رضى بسقوطه بجهة
المهر فيسقط اصلا كما اذا سقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه
يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث
ماترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرًا الا انه يعتبر بقدر
مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الموانع
الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محابة فيكون

تعذر الاستيفاء فانه لما جعل مهرًا كانه استوفى ع (قوله تقع المقاصة اي اذا حلت الدية لافي الحال لتأجيل
الدية وحلول مهر المثل ك (قوله وصية يعني ان الزائد على مهر مثلها يكون وصية في حق العاقلة فينظر
بعد اسقاط مهر المثل ان كان للميت وهو الزوج مال سوى الزائد على مهر المثل والزائد يخرج من الثلث
يكون للعاقلة وان لم يكن مال يأخذ العاقلة ثلث الزائد على مهر المثل والثلثان لورثة الزوج جميعه

(قوله لانهم يتحملون عنها بسبب جنائنها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها زبلى
 قوله وهذا الزيادة الخ ذكر الامام الترمذى وان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر فلا شئ على
 العاقلة لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنائنها فلا يغرمون لها ك (قوله فان كانت تخرج الخ اى
 تخرج لهم حال كونه من ثلث ماله وان قرىء الثلث بالمصدر فمن متعلق بقوله في
 الفصلين يعنى التزوج على
 اليد اذا كان القطع خطاء
 وفي التزوج على اليد وما
 يحدث منها او على الجنابة
 وعبر بالفصلين باعتبار
 المختلف والمتفق والافاقول
 ثلثه (قوله فانه يقتل الخ
 ولم يذكر ما اذا مات المقتص
 منه من القطع وحكمه الدية
 على عاقلة المقتص له عند
 ابي حنيفة وعند ابي يوسف
 ومحمد والشافعى لاشئ عليه
 على ماسيج ع (قوله وقد
 قضى له بالقصاص الخ ترديد
 القضاء وغير القضاء مقدم
 على العفو ك (قوله ولهذا
 لولم يعفى الخ هذه المسئلة
 على اربعة اوجه قطع ثم عفى
 وبرأ اولم يسر اولم يعفى
 وسرى او عفا وسرى اولم
 يعفى ولم يسر والمختلف هو
 الاول وكذا الثالث ايضا
 على الخلاف فى الصحيح من
 الرواية ك (قوله وله انه
 استوفى غير حق لان استيفاء
 الطرف قطع وقد بينا ان
 حقه فى القتل والقطع غير
 القتل وقد استوفاه من نفس
 متقومة فان نفسه من عليه
 (قوله وانما لا يجب فى
 عليه الضمان فى الحال ك (قوله فاما قبل ذلك يعنى قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع
 فلم يظهر يعنى ملك القصاص لعدم الضرورة ع

٤٦٥

وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المآل ان ترجع
 عليهم بموجب جنائنها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
 لها انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج
 يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا نزوها
 على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق
 جوابهما فى الفصلين قال (ومن قطعت يدك فاقصص له من اليد ثم مات
 فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين ان الجنابة كانت قتل عمد وحق
 المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود
 اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف انه يسقط حقه
 فى القصاص لانه لما اقدم على القود فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول
 انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه فى
 القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا
 فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص اولم يقص فعلى قاطع
 اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقال لاشئ عليه) لانه استوفى حقه فلا
 يضمنه وهذا لانه استعفى اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لولم
 يعفى لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ او ما عفا وما سرى او قطع ثم
 مز رقبتة قبل البرأ او بعده وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف
 فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان
 حقه فى القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه
 سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب
 فى الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
 القصاص فى النفس ضرورى لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او
 الاعتياض لمانته تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة
 بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وما اذا لم يعفى وما سرى قلنا انما
 يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرأ حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح
 انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم مز رقبتة قبل البرأ فهو استيفاء

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٣٠

القصاص متقومة فى حق سائر الناس فكذلك فى حق من له القصاص ك (قوله وانما لا يجب فى
 الحال جواب اشكال وهو ان يقال اذا كان القطع غير حقه وقد استوفاه وانه مضمون عليه فلم لا يجب
 عليه الضمان فى الحال ك (قوله فاما قبل ذلك يعنى قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع
 فلم يظهر يعنى ملك القصاص لعدم الضرورة ع

(قوله والا اصابع الخ جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم هفا وهو ان الاصابع وان كانت تابعة للكفى قياما به فالكفى تابعة لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع وانها اصل في الضمان ايضا ولكل اصبع ارض مقدار بخلاف الكفى فلما صارت اصلا كان للمقطوع حق الاستيفاء قصدا ويكون استيفاءه كاستيفاء الكفى بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه كـ (قوله فصار كالامام اي اذا قطع بد السارق فسرى ومات لاشئ عليه والبزاع والحجام اذا فعلا فعلا معتادا ٤٦٩)

والمأمور بقطع اليد كما اذا قال لرجل اقطع يدي فقطع يدي فمات المقطوع من القطع لاشئ عليه وهذا لان السراية تبع لابتناء الجناية فلم يجز ان يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة كـ (قوله) كما في غيره منها اي من المسائل يعنى البزاع والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات الخ (قوله لا التزام ولا وجوب لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتعفو فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة فاشبهه الاصطياد ولورمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا ههنا عـ (قوله باب الشهادة الخ لما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على مدع (قوله) ثم قدم الغائب الخ واجمعوا على ان القاتل يجبس الى ان يحضر الغائب لانه صار متهما بالقتل والتمهم يجبس واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص مالم يحضر الغائب لان المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضر لا يمكن من الاستيفاء بالاجماع كـ (قوله) وله اي لاني حنيفة

ولو حمز بعد البرء فهو على هذا الخلاف وهو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكفى فالكفى تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لباقي من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاع والحجام والمأمور بقطع اليد وله اذ قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في مجر العادة وهو مسمى القتل لان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكفى فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرسم الى الحرب وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبهه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند ابي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهم اعلى آخر لهما في الخلافة ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في العوض كما في الدية ولهذا لو انقلب ما لا يكون للميت ولهذا يسقط بعفو بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقيين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهل بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبهة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقيين

بالقصاص مالم يحضر الغائب لان المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضر لا يمكن من الاستيفاء بالاجماع كـ (قوله) وله اي لاني حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا قبل الهبة فانه يثبت للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكن ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم الورثة

(فيعيد)
قوله وله اي لاني حنيفة
الملك
للمولى
ملك الفعل
ولا يتصور
الفعل من الميت
والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم الورثة

(قوله وهو عفو منهما لانهما بالشهادة زهما ان القود قد سقط وزعمهما يعتبر في مقعوما كـ) قوله اذا صدقهما وحده اى صدقهما القاتل وحده وكنيهما المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثي الدية للشاهدين لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا يضمن للمشهود عليه شيئا لانه اقر بالعفو حيث صدق الشاهدين كـ ﴿ ٤٧٧ ﴾ (قوله وان كنيهما اى المشهود عليه ومعناه اذا كنيهما القاتل ايضا وانما قيد

فيعيد البينة بعد حضوره) فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الابائيات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهما اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كنيهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كنيهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الابهجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره بذلك قال (واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود) اذا كان عمدا لان الغائب بالشهادة كالغائب معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال (واذا اختلف شاهد القتل في الايام او في البلد او في النى كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمدا والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل

بعضهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به له القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالى درهم وقال المقر له هذه الالف ليست لي ولسكنها لفلان جاز وصارت لفلان كذا هذا (قوله غرم القاتل الخ لانه انكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه كـ

(قوله بغاير المقيد لانه يحتمل ان يكون هذا او يحتمل ان يكون شبه عمد ويحتمل ان يكون خطأ والقول بالعصا شبه عمد فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط كـ) (قوله والمطلق ليس بمجهول فان المطلق ممكن العمل الا ترى ان الله تعالى اوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة ووجب العمل به ولو كان مجعلا لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكسائي كـ) (قوله ولانه يحتمل اجمالهم الخ فيه صنعة التجنيس التام فان الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنع ﴿ ٤٧٨ ﴾ وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندرى باى شئ قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا يقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا يمنع القضاء بها لاغتلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف ويحمل اجمالهم الخ عـ) (قوله اولوا الخ اى الشهود اولوا قولهم لا ندرى مع انهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث باطلاق الكذب باطلاقة اى بتجويز الكذب في اصلاح ذات البين وهو قوله عليه السلام ليس بكناب من يصاح بين اثنين كـ) (قوله باطلاقة يحتمل ان يرجع الضمير الى ما هو الحديث الوارد في حمل الكذب في اصلاح ذات البين والاصح ان يرجع الى الكذب حميديه) (قوله وهذا في معناه اى ستر

الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات البين بجماع ان العفو مندوب (الموت) وهنا كما ان الاصلاح مندوب هناك فكان ورود الاطلاق والتجويز هناك ورودا ههناك (قوله فلا يثبت الاختلاف الخ يعنى اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك كـ) (قوله فقال الولي قتلتماه الخ ولو قال الولي صدقتما بهد قوله قتلتماه لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما تصديق كل واحد بانفراده وفيه تكذيب الآخر في الجميع فهو تكذيب لهما ل

قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعضا وقال الآخر لا ادرى باى شئ قتله فهو باطل لان المطلق بغاير المقيد قال (وان شهدا انه قتله ولا لا ندرى باى شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجهول فيجب اقل موجب وهو الدية ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر عليه اولوا كذبهم في نفى العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند ابي حنيفة وقال الاشعري عليه) لانه بالارتداد اسقط تقدم نفسه فيكون مبرقا للرامى عن موجب كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعد فيعتبر حالة الرمى والرمى اليه فيها متقوم وهذا يعتبر حالة الرمى في حق الحمل حتى لا يعزم برودة الرامى بعد الرمى وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند ابي حنيفة وقال الاشعري عليه) لانه بالارتداد اسقط تقدم نفسه فيكون مبرقا للرامى عن موجب كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعد فيعتبر حالة الرمى والرمى اليه فيها متقوم وهذا يعتبر حالة الرمى في حق الحمل حتى لا يعزم برودة الرامى بعد الرمى وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل

(قوله والفعل الخ اي فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل وان كان الخ ع (قوله للشبهة اي الشبهة الثابتة من اعتبار حالة الاصابة غ (قوله وكذا اذا رمى الخ ونرفض بما اذرمى الى صيد في المحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك ع (قوله فصل الخ حتى لو كانت قيمته ٤٦٩ قبل الرمي الف درهم وبعد ثمانمائة لزمه مائتان زيل على

(قوله ان العتق قاطع الخ كما اذا قطعت يد عبد او جرحه ثم اعنقه المولى ثم سرى فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شئ اي لا يضمن دية ولا قيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ك (قوله قاطع للسراية لاشتباهه من له الحق لان المستحق حالة ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد الحر بته فصار العتق بمنزلة البرع (قوله يصبر قاتلا الخ وهو ظاهر على منهج ابي حنيفة فانه يعتبر وقت الرمي واما ابو يوسف فيحتاج ان الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر ههناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي ان المرمى اليه خرج بالارتداد عن ان يكون معصوما والضمان يعتمد

الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذرمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا يقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك قال (وان رمى عمدا فاعتقه مولا ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جنابة ينقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصبر قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو ملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة والحجة عليه ما حققنا قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامي) لان الاعتبار حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذرمى المجوس صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يوكل وان رماه وهو مسلم ثم قبح جس والعياذ بالله اكل) لان الاعتبار حال الرمي في حق المحل والحرمه اذ الرمي هو النكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنك (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل ف وقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلماذا افترقا والله اعلم بالصواب

صفة العصمة فلا يجب الضمان بالمنافى واما الاعتناق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد ع (قوله فلا شئ على الرامي ففي هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمي بالاجماع فظهر من هذا ان الاعتبار حالة الرمي عندهما ايضا الا ان المرمى اليه فيما اذرمى مسلما فارتد ثم اصابه صار مبرقا للرامي عن ضمان الجناية فلم يجزب شئ بخلاف هذه المسائل كقفاه

(قوله كتاب الديات قدم القصاص لانه الاصل وصيانة الحياة والانفس فيه اقوى والدية كالحاقلة ولها
تجب بالعوارض كالخطاء وما في معناه رد المغتار (قوله دية الدية لغة مصدر من ودى القاتل المغنول
اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل للمال الذي هو بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والارش
اسم للواجب على ما دون النفس (قوله ولانه جعل المذكور الخ استدلال من الآية بوجهين احدهما بالنظر
الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل ﴿ ٤٧٥ ﴾ الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لانفس
فلا يعلم انه هو الجزاء وبقي

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد
بيناه في اول الجنائيات قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص
(ولا يجزى فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف
ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على
ما عرف (ويجزئ رضيع احد ابويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة
اطرافه (ولا يجزى ما في البطن) لانه لم تعرف ميوته ولا سلامته قال (وهو
الكفارة في الخطاء) لما تلونا وديته عند ابي حنيفة وابي يوسف ره مائة
من الابل اربعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت
لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي
اثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها
اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيلا خطاء العمد قتيلا السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمرو بن
ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا
ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ومارواه غير ثابت
لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ
اربعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في
الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما
قلنا قال (وقتل الخطاء تجب به الدية على العاقلة والكفارة على
القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض
وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رض وانما
اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في

شيء ومثله محل الاترى انه
لو قال لامرأته ان دخلت
الدار فانت طالق وفي نيته
ان يقول وعنده حر ولكنه
لم يقل لا يكون الجزاء الا
المذكور لئلا يغمم الفهم
والآخر بالنظر الى المذكور
يعنى لو كان الغير مرادا
لذكر لانه موضع الحاجة
الى البيان (قوله لانه
معلم اى لان شرط هذا
الاعتناق الاسلام وسلامة
الاطراف والاول يحصل
باسلام احد الابوين والثاني
بالظهور اذ الظاهر سلامة
اطرافه (قوله حقة سميت
حقة بكسر الحاء المهملة
والفاق المشددة لمعنى فيها
وهو انه حق لها ان يركب
ويحمل عليها وهي التي
دخلت في السنة الرابعة
جلبى (قوله اغلظ يعنى
من دية الخطاء المحض فان
الابل فيه يجسب اخماسا
وذلك اى كونه واغلظ فيما
قلنا لاننا نقول اثلاثا وانتم
تقولون اربعا (قوله

الافى الابل خاصة يعنى لا يزداد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار وقال سفيان الثوري
يغلظ في النوعين الاخرين اى الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطاء والى قيمة
اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان الابل من دية الخطاء يزداد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل
من اهل الورق ويزاد على دينار ان كان من اهل النسيب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة
جناية وجبت فيه ولم توجد في الخطاء وهذا المعنى موجود في المهرين فيجب التغليظ فيه ما ع

(قوله على نحو ما قال اى ابن مسعود ومن على انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت محاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الاسماعا لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحالة الخ ع (قوله والحجة عليه ما رويناه وهو رواية ابن مسعود رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قنيل قتل خطاء احماسا على ما قال باقامة ابن محاض مكان ابن لبون كـ (قوله قضى بالدية الخ فتعارضنا فيحتاج ٤٧١ الى تأويل وذكر المصنف وتأويل ما ذكره الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رضى الله عنه فابطل عمر ذلك الوزن ع (قوله وقد كانت كذلك فيه بحث وهو انه قال روى عمران النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعنى الى عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن وذلك تناقض والجواب ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يؤخذ من الدراهم وزن سبعة ايضا ولاتناقض ح ع (قوله وقال منها ومن البقر الخ قيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حقة خمسون درهما فائدة هذا الاختلاف انها يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولى القليل على اكثر من مائة بقرة فعنده يجوز وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة الابل ع (قوله ولهذا لا يقدر بها

قنيل قتل خطاء احماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخطاى معذور غير ان عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن محاض فالحجة عليه ما رويناه قال (ومن العين الخ دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولما روى عن عمران النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قنيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال (ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفاشاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر هكنا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة وعدنها في غيرها وذكر في المعامل انه لو صالح على الزيادة على مائة حلة او مائة بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما خاصة قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي ما دون الثلث لا ينصف وامامه فيه زيد بن ثابت والحجة عليه ما رويناه لعمومه ولان حالها انقص من حالة الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكنا في اطرافها واجزاؤها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال (ودية المسلم والنمى سواء) قال الشافعي دية اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمان مائة درهم وقال مالك دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلوة والسلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية

ضمان اى ضمان شئ مما وجب ضمانه باتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة كما رويناه وعدنها في غيرها فان قيل فله يلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت انها في معناها من كل وجه ع (قوله زيد بن ثابت بن ثابت يقول انها تعادل الرجل الى ثلث دينتها يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان ادعى الثلث فمع حالهما فيه على النصف من حال الرجال كـ

(قوله في النفس الدية انما ذكر هذا تبركا بالابتداء وما الحديث وهذا لفظ الحديث كـ) وقيل على عدد حروف متعلق باللسان الحروف التي يتعلق باللسان اى الالف والفاء والتاء والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون فما لم يمكنه اثنان حرف منها يارده بحصة من الدية فالهراثة والحلقية والشفوية فلا يدخل في القيمة فالشفوية الميم والباء والحلقية العين والغين والقاف والاصل في

﴿ ٢٧٢ ﴾

هذا ما روى ان رجل قطع طرف لسان رجل في زمن على فامره ان يقول الف بث فكل ما قرأ حرفا فاسقط الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسب ذلك كفايه (قوله على السكالم قيد بالسكالم في المنفعة في الجمال احقران هما ليس بكامل فيهما حيث لا يجب كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس فانه لا يجب الدية لانه لم يفوت جنس منفعة والاجمال ع وسعيد بن المسيب من التابعين وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مرسل وهو حجة بالاجماع كـ) قوله طريق الاعلاق عادة وانما قيد بالعادة لانه يتصور الاعلاق بالحرف الا انه في العادة انما تحقق بالايلاج كـ) قوله منفعة مقصودة يعنى ليس فيها استنباع كل منهما الاخرى بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادية واحدة لان الاطراف مع البدن فليس يتبع للطرف الاخر

النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوس ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه الصلوة والسلام دية كل ذى عهد في عهد الى دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر وما روه الشافعي لم يعرف رواية ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه يظهر به عمل الصحابة (فصل) فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن عزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس المنفعة على السكالم او ازال جمالا مقصودا في الاذى على السكالم يجب كل الدية لانتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالانتلاف من كل وجه تعظيما للادى واصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانى وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على السكالم وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنية لها ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الالة قايمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل هو على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها يجب مكومة عدل للحصول الافهام مع الاغتيال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الرطى والايلاد واسنمساك البول والرمى به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق هادة وكذا في الحشفة الدية كاملة

(المشفة)

فيعتبر كل واحدة منهما بنفسهما كفايه (قوله اوشم او ذوق يجب الدية والمقابلة فوات كل واحد من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني فان قول المجنى عليه لا يقبل عليه قلت اذا صدق الجاني او استخلف فكل يثبت فواتها ثم فوات البصر يعرف الاطباء فينظر اليه رجلان عدلان الاطباء ويكون قولهما في ذلك حجة كذا في الميسر كفاية

(قوله) وكذا اذا ذهب الخ يجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني فان قول المجنى عليه لا يقبل قلنا اذا صدقه الجاني او استخلف فنكل تثبت فواتها وذكر في التفسير طريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادي فان اجاب لذلك علم ان سماعه لم يذهب واما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي طريقه ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ٤٧٣ ان الضوء باق وان لم يسمع علم ان الضوء ذاهب وذكر

المشقة اصل في منفعة الايلاج والدفع والقصة كالنابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سماعه او بصره او شمه او ذوقه) لان كل واحد منهما منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضى الله عنه قضى باربعة ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا ملقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الراس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمى ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خافه ينكف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما اللحية العبد فعن ابي حنيفة انه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح) لانه تابع للحلية فصار ك بعض اطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلاشئ في حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزيينه (وان كان اكثر من ذلك وكان على الحد والنقن جميعا لكنه غير متصل فغيبه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه مالايجل وان نبتت بضماء فعن ابي حنيفة انه لا يجب شئ في الحر لانه يزييه جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزيينه ويستوى العبد والخطاء على هذا

الطحاوي انه يلحق بين يديه حية فان هرب من اللحية عام انه لم يذهب بصره وفي المبسوط انه ينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما في ذلك حجة وان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول قول الجاني مع يمينه على البنات اما اليمين فلان المجنى عليه يدعى موجب الجناية والجاني يتكر واما على البنات فلان هذا اليمين على فعل نفسه وهو اذ هاب بصر غيره وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه ل (قوله) وفي شعر الراس الدية وذكر الامام النضر تاشي قالوا لو حلق راس انسان ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حال الحلق بل يؤجل سنة لقصور النبات وكذا حلق اللحية فان مات المخلوق راسه او لحيته قبل مضى السنة ولم ينبت لاشئ

فيه وقال حكومة عدل ك (قوله) ولنا ان اللحية في وقتها جمال والدليل على انه جمال قوله عليه السلام ان الله ملائكة تسبيحهم سبعان من زين الرجال باللحاه والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال زيلعي (قوله) فعن ابي حنيفة انه الخ وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال ع

(قوله) كتبه النبي الخ اخرج الفساش في سننه وابوداود في مراسيله عن ابي بكر بن محمد بن مرم
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل اليمن فيه الفرائض والسنن
والديات وبعث به مع عمرو بن مزم فكان فيه وفي الشفيعين الدية وفي البيضتين الدية وفي العيينين
الدية وفي العين الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية
شرح نفايه (قوله) يحتمل ان مراده الخ هذا دفع لنخطيته ﴿٤٧٤﴾ مسن خطأ محمد في اطلاق

الاشفار على الاهداب
قالوا الاشفار منابت الشعر
وهي حروف العيينين
واطرافها والشعور التي
عليها تسمى الهدب فقال
المصنف يحتمل ان المراد
الاهداب فيكون مجازا
للمجاورة ذكر اللجل
وارادة للعالع (قوله)
كما ذكر محمد في الاصل
قال محمد في اشفار العيينين
الدية كاملة اذالم ينبت
فارادبه الشعر لان الشعر
هو الذي ينبت دون الجلد
زيلعي (قوله) للمجاورة
ذكر في مبسوط شيخ الاسلام
جعل محمد الاشفار اسماء
للشعور التي تنبت على
حروف العين واطرافها وقد
خطأه اهل اللغة في هذا
وقالوا الاشفار منابت الشعر
وهي حروف العيينين
واطرافها والشعور التي
عليها تسمى الهدب قالوا
وكانه اخذ من شفر الوادي
وهو جانبها وحده فسميت
منابت الشعور اشفار لانها
حدود الاجفان ولكن
مشائخنا قالوا بان الامر
كما قالوا ان الاشفار اسم

المجهور (وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية) وعند مالك
والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقدر الكلام فيه اللجة
قال (وفي العيينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية
وفي الشفيعين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانغيين الدية) كذا روي
في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال
(وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام
لعمر بن مزم وفي العيينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان
في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجبال
فيجب كل الدية وفي تفويت احدها تفويت النصف فيجب نصف الدية
قال (وفي ثدي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي احدهما
نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه
ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمتي المرأة الدية كاملة)
لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احدهما نصفها) لما بيناه
قال (وفي اشفار العيينين الدية وفي احدها ربع الدية) قال رضي الله
عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للمجاورة
كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على
الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو
يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان
في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون
مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باحد ابهاما ففيه دية
واحدة) لان الكل كشئ واحد وصار كالمارن مع القصة قال (وفي كل اصبع
من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع
عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي
عشر فنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث

(ولانها)

لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب لانه كنى بالاشفار عن الهدب لاتصال ومجاورة بينهما كما
سموا القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير كما قيل للبئر
سما كفايه (قوله) والحكم فيه هكذا اي تجب في الكل وتجب في كل شفر ربع الدية ويستوى ان ينبت
الاهداب وافسد المنبت او قطع الجفون كلها بالاهداب ك

(قوله ففي احدى فمى الخ يعنى ان عشر الدينة الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلثه
مفاصل كان اكل واحد منهما ثلثه وما فيه مفاصلان كان اكل منهما نصفه ع (قوله والاسنان والاضراس الخ
الرا فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن
سم الجنس بدخل تحتة اثنان ٢٧٥) وثلثون اربع منها ثانيا وهى الاسنان المنقطة اثنان فوق واثنان

اسفل ومثلها رباعيات وهى
ما يلى الثنايا ومثلها انياب
تلى الرباعيات ومثلها
ضواحك تلى الانياب واثنان
عشرة سنا طواحن واربع
نواجذ وتسمى ضرس الحلم
لانه ينبت بعد البلوغ وقت
كمال العقل فلا يصح ان يقال
الاسنان والاضراس سواء
لعوده الى معنى الاسنان
وبعضها سواء ع (قوله
والاسنان كلها سواء واذا قلع
جميع اسناده فعليه ستة عشر
الغامن الدرهم لان الاسنان
اثنان وثلثون فاذا وجب فى
كل سن نصف عشر الدينة وهى
خمسائة باغت الجملة ستة
عشر الفا وليس فى البدن
جنس هضو يجب بتفويته
اكثر من مقدار الدينة سوى
الاسنان واذا قلع جميع اسنان
الكوسج فعليه اربعة عشر
الفا لان اسناده تكون ثمانية
وعشرين لما حكى ان امرأة
قالت لزوجه ايا كوسج فقال
ان كنت كوسجا فانت طالق
فسئل ابو حنيفة عن ذلك
فقال يعد اسنانه فان كانت
اثنين وثلاثين فليس بكوسج
وان كانت ثمانية وعشرين
فهو كوسج ك (قوله فلا يعتبر
التفاضل ومن الناس من

ولانها سواء فى اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا
اصابع الرجلين لانه بغرت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدينة كاملة
ثم فيها عشر اصابع فتقسم الدينة عليها اعشارا قال (وفى كل اصبع فيها
ثلاثة مفاصل ففي احدى ثلث دية الاصبع وما فيها مفاصلان ففي
اخرى نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
قال (وفى كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام فى حديث ابى موسى
الاشعرى وفى كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق
مارويها لما روى فى بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها
فى اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدى والاصابع وهذا اذا كان
خطا فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر فى الجنابات قال (ومن
ضرب عضوا فادب منه فدية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا
ذهب ضوءها) لان المتعلق بتفويت جنس المنفعة لافوات الصورة
(ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدينة) لتفويت جنس
المنفعة (وكذا لو احدى به) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء
القائمة (فلو زالت الحدودية لاشى عليه) لزالها لاعتبار

(فصل فى الشجاج) قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى
تعرض للجلد اى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر
الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم
(والباضة) وهى التى تبضع الجلد اى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى
تأخذ فى اللحم (والسحقاق) وهى التى تصل الى السحقاق وهى التى
جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضعة) وهى التى توضع العظم
اى تبينه (والهاشمة) وهى التى تكسر العظم (والمنقلة) وهى التى
تنقل العظم بعد الكسر اى تحولها والامة وهى التى تصل الى ام الرأس
وهى التى فيه الدماغ قال (ففى الموضعة القصاص ان كانت عمدا)
لما روى انه عليه السلام قضى بالقصاص فى الموضعة ولانه يمكن ان ينتهى
السكين الى العظم فينساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص
فى بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا بد ينتهى

فصل الطواحين على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص ع (قوله فصل فى الشجاج)
من مع شجة ولما كانت نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثر مسائله ذكره فى فصل على حدة منع رد المختار
(قوله الحارصة مأخوذ من حرص القصار الثوب اى شقه من الدق زيلعى

(قوله ولان فيما فوق الموضحة اى فيما هو اكثر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ثلث الهاشمة والمنقلة والامة كـ) (قوله فيما قبل الموضحة اى قبلها ذكر ادونها اثر اوشجا وهى ستة من الحارصة الى السمحاق نهايه) (قوله وفيما دون الموضحة اى دونها اثر اوشجا ولكن قبلها من حيث الذكر وهو الحارصة الى السمحاق فلذلك ذكر مرة بما قبل الموضحة ومرة بما دون الموضحة نـ) (قوله حكوة عدل فيها انما هو العدل وجوب

﴿ ٤٧٦ ﴾

حكومة على رواية غير الاصل واما روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة نـ) (قوله وفى الجائفة فى الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهور والجنين والاسم دليل عليه قال فى النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هناك فى مسائل الشجاج ح وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج يغتنص بالرأس والجبهة والوجه والذقن عـ) (قوله وهذا اختلاف عبارة يعنى يرجع الى مأخذ الاشتقاق فعمد ذهب الى ان المتلاحمة مشقة من التجم الساقان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه عـ) (قوله لا يعود الى معنى وحكم اى لا يعود الى معنى موثر يبنى عليه الاختلاف فى الاحكام كـ) (قوله وبعد هذا اى بعد الامة شجة تسمى الدامغة بالغبن المعجزة وهى التى تصل الى الدماغ ولم يذكرها محمد لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا ولا يكون من الشجاج والكلام فى الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة لانه لا يبقى لها اثر

السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولاقصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة وقال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولاخوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكوة العدل) لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بخكم العدل وهو ما نورد عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال (وفى الموضحة ان كانت خطاء نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفى الامة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية فان نفقت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبی عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الامة ويروى المأومة ثلث الدية وقال عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر انه حكم فى جائفة نفقت الى الجانب الآخر بثلث الدية ولانها اذا نفقت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلانها وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لاجنابة مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تغتنص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح منى لو تخفت فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكوة العدل لان التدبير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه

(انما)

كنا لم يذكر الحارصة لانه لا يبقى لها اثر فى الغالب زيلعى المتلاحمة مأخوذة من قولهم الفهم الشيء ان اذا التصف احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه

قوله فقد قيل الخ وفي النخيرة والنق من الوجه بلاغ في والعظم الذي تحت النق وهو اللعبان فمن الوجه
عندنا معنى لو وجبت هذه الشجاعة الثالث في اللحيين كان لها ارش مقدار عندنا خلافا لما لك وفي مبسوط شيخ
الاسلام ويجب ان يفرض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا اننا تركنا هذه الحقيقة
الاصابع ولا اصابع ههنا فثبتت العبارة للحقيقة ك (قوله ان يقوم الخ فان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ
مقدار الجراحة تبلغ قيمته تسعائة ٢٧٧ علمت ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاجبت
عشر الدية لان قيمة

الاصابع المحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين
يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما واما
اللعبان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك له حتى لو وجد فيهما
ما به ارش مقدار لا يجب المقدار وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة
والامواجهة للناظر فيهما الا ان عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تغتص بالجوف
جوف الرأس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله
الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر
ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب
نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ره
ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف
عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

(فصل) (وفي اصابع اليد نصف الدية) لان في كل اصبع عشر
الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع
تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فان قطعها
مع الكف ففيه ايضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية
وفي احدهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها (وان
قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة
مكومة عدل) وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد
والرجل فهو تبع للاصابع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد
الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجراحة الى المنكب فلا يزداد
على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة بالطة والبطش يتعلق بالكف
والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حنف التضمين
ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان
قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية

قوله واليد اسم الخ واجيب
ايه السرقعة (قوله ولا الى ان يكون الخ اي لا وجه اي ان يكون تبعا للكف لان الكف تابع للاصابع
لا تبع للتبع لانه من حيث التبع لا يجب للكف شيء ومن حيث اصل الساعد وجب ان يجب له شيء
مؤدى الى الجمع بين الوجوب وعدمه ولما لم يكن الساعد تبعا الى الاصابع ولا الى الكف وجب اعتباره
ملا لا وجه الى اهداره ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدار فتجب فيه مكومة عدل ك

(قوله ينظر الى ارش الكف اعلم انه اذا قطع الكف ولا اصابع فيها قال ابو يوسف فيها حكومة عند لا يباع بها ارش اصبع الواحد ينسبها الكف على قول ابي حنيفة فلا تباع قيمة التبعية قيمة المنبوع ^{كقوله} في الايضاح ك (قوله لان الكل شيء واحد فان ضمان الكف هو عين ضمان الاصابع وضمان الاصابع هو عين ضمان الكف فهو شيء واحد فوجب الترجيع بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأسه وتناثر بعض شعره حيث يدخل هنالك الاقل في الاكثر كذا ههنا (قوله اصل ٢٧٨) من وجه اما الكف فلان الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها الاصل في منفعة البطش زيلعي (قوله وشرعا اما من حيث الحقيقة فلان البطش بالاصابع وامان حيث الحكيم فلان الاصبع له ارش مقدار الكف ليس له ارش مقدار ومثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص ومالا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأي والسراي لا يعارض النص فكان ثابت فيه التقدير بالنص اولى وهذا لان المصير الى الرأي للضرورة وهذه الضرورة لا تنعقد عند امكن ايجاب المقدار بالنص ك (قوله لانه جزء من يده قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وكان الشعر جزء من الادمى بدليل انه لايجل الانتفاع به واجيب بان الوجوب اذا بقى من اثره ما يثبت كافي قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات براسه لا يثبت فلا يرجعها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه ع (قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه جزء من يده والسن الشاغية ايضا جزء من فمه ك (قوله بالحركة اي بالحركة عند البول كذا في الذخيرة حبيب (قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان اذهاب العقل في معنى تبديل النفس والمخاطبة بالبدن

وان كان اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف) وهذا عند ابي حنيفة وقال ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولاي اهدار احدهما الا ان كل واحد منهما اصل من وجه فرجنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها ووجب الشرع في اصبع واحدة عشرة من الابل والترحيع من حيث الذات والحكم اولى من الترحيع من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لان الاصابع اصول في النقص ولا اكثر حكم الكل فاستنبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للادمى لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي ره تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبهه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحته لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاغية لان المقصود هو الجمال وقد قوته على الكمال (وكذا لو استعمل الصبي) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضوعة في الدية) لان بغوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضوعة يجب بغوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بغوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فتدخل الجز في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يقدح اخلاص كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا قال (وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه

براسه لا يثبت فلا يرجعها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه ع (قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه جزء من يده والسن الشاغية ايضا جزء من فمه ك (قوله بالحركة اي بالحركة عند البول كذا في الذخيرة حبيب (قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان اذهاب العقل في معنى تبديل النفس والمخاطبة بالبدن

(قوله) ومن ابي يوسف الخ هذا الذي ذكره اذا كان خطاء اما اذا كان همدا يجب ارش الموضحة
ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر والكلام
ع (قوله) وجه الاول وهو ان ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بنهاب السمع والبصر والكلام
ع (قوله) على ما بيناه يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء ع (قوله) ان السمع والكلام
الخ قيل يراد به الكلام النفس ٤٧٩ ع بحيث لا يرتسم فيهما المعاني ولا يقدر على نظم التكلم
فان كان المراد ذلك كان

الفرق بينه وبين ذهاب
العقل عسيرا جدا وان كان
المراد به التكلم بالحروف
والاصوات ففي جعله مبطنا
نظرا ع (قوله) مبطن يعني
قوة السمع والكلام لا يعرف
بالحس غالبا حتى لا يفرق
بين الاصم والسميع
والمنكم والاغرس في بادي
الرأى غالبا كما لا يعرف
بين العاقل وغيره في بادي
الرأى بخلاف الاعشى
والبصير اعظم (قوله)
فيعتبر بالعقل فيدخل ارش
الشجة الموضحة في دية
السمع والكلام كما تدخل
في دية العقل مل (قوله)
قالوا وينبغي الخ اي قال
المشائخ على قول ابي حنيفة
ينبغي ان يجب الدية في
العينين والارش في الموضحة
ك (قوله) ينبغي ان تجب
الدية الخ اي قال المشائخ
على قول ابي يوسف ومحمد
يجب القصاص في الموضحة
والدية في العينين ك
(قوله) لهما في الخلافة اي
فيما اذا شج رجلا موضحة

ارش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن
ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر
وجه الاول ان كلامهما جنابة فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه
الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على
ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر
ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فنسبت
عيناه فلا قصاص في ذلك) عند ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية
فيهما (وقالا في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي ان تجب الدية
في العينين (قال وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقى
من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شئ من ذلك) وينبغي ان تجب
الدية في المفصل الاعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر بعض
من رجل فاسود ما بقى) ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن
كله (ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكر القدر المكسور واترك
الباقى لم يكن له ذلك) لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للحد فصار كالوشج
منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافة ان الفعل في محلين
فيكون جنابتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تنعدي الى الاخرى
كما رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفتمذه الى غيره فقتله يجب القود في الاول
وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب
المال لان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المجل منجل من وجه
لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف
النفسين لان احدهما ليس من سارية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين
على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع اصبع فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شئ من ذلك) عند ابي حنيفة وقالاهما وزفر والمحسن
بقص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه

نسبت عيناه قالا في الموضحة القصاص والدية في العينين ك (قوله) بخلاف النفسين جواب عن قولهما
سكن رمى الى رجل عمدا فاصابه الخ وجه ذلك ان جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل
من سارية الاول وهما لبس كذلك فان السارية انما تكون تبعا وهما يتحقق في شخص واحد
والفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسارية الجنابة الاولى اذ لا يتصور السارية من نفس
الى نفس فلا بد ان يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وهو خطاء مل

(قوله انه يجب القصص فيها اي في الشجة وذهاب البصر وفرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من شجة وبين ذهاب السمع منها فوجب القصص فيها في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لاجب القصص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصص فكذلك بسرارية الموضحة ع (قوله كمالو آلت اي آلت الجراحة وسرت

﴿ ٤٨٥ ﴾

الى النفس اي قطع اصبع رجل عمدا فسرى ومات يجب القصص ك (قوله الا ترى الخ ايضاح لما ان ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعبر ذهاب العينين في اثبات موجه دون الشجة كما اذا سرى الموضحة الى النفس لا يبقى الموضحة معتبرة حتى لا يجب موجهها بل الاعتبار هو الجنابة على النفس ك (قوله بقيت موجهة في نفسها حتى وجب ارشامع دية العيين عند ابي حنيفة والقصص في الموضحة والارش في العينين عندهما ع (قوله فهو على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لاقصاص على المشهورة وفيها القصص على رواية ابن سماعة ع (قوله انه تجب الخ اي فيما اذا قلع سن رجل ثم نبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لكان الام الحاصل اي بقرم وليس به هذا الام ويقوم وبه هذا

وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سرارية ما يجب فيه القصص الى ما يمكن فيه القصص بوجب الاقصاص كمالو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق في التسبب الا ترى ان الشجة بقيت موجهة في نفسها ولا فود في التسبب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الاعلى رواية ابن سماعة (ولو اوضحه موضحين فنأكلنا فهو على الروايتين) هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش) في قول ابي حنيفة وقال عليه الارش كاملا لان الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مبتدأ من الله تعالى وله ان الجنابة انعدمت معني فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفد عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لكان الام الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به اذا العروق لا تعود (وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتجبت لانها لا تعود الى ما كانت عليه) ومن نزع سن رجل فانزعه المنزوعة سنة سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمس مائة درهم) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجنابة ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصص الان في اعتبار ذلك تضبيع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصص واذا نهتست تبين اننا اخطانا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصص للشبهة فيجب المال

الام فيجب ما انتقص منه بسبب الام من القيمة كذا نقل عن ركن الاثمة الصناعي ك (قوله ولو كسر سن انسان من الاصل عمدا ونزعه من الاصل يجب القصص قال بعض العلماء يؤخذ منه بالمبرد الى ان يفتن الى اللحم ويسقط ماسواه وان كسر بعض السن ولم يسود الباقي يجب القصص بقطع قدر ما كسر بالمبرد قاضيخان

(قوله فاختلغا قيل الخ اى قال المضروب سقطت سن من ضربك فقال الضارب لابل من ضرب رجل آخر
فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيد الان التأجيل ما كان الا ليظهر اثر فعله في تلك المدة فكان من ضرورة
اعتبار الاجل ان يعتبر قول المضروب اذ لو لم يعتبر لم يكن مفيدا واما بعد مضى الحول فقد انتهى وقت ظهور
الاثر فالمضروب يدعى على الضارب ان السقوط من اثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله ك
قوله وسنبين الوجهين اى وجه ﴿ ٤٨١ ﴾ قوله لاشئ على الضارب ووجه حكومة الالم والمردود بعد
هذا هو قوله سقط الارش

عند ابي حنيفة لزوال
الشرين الموجب وقال ابو
يوسف ارش الالم لان الشرين
وان زال فالالسم الحاصل
ما زال ك (قوله يجب الارش
وفي النسخة ثم ان محمدا
اوجب كمال الارش باسوداد
السن ولم يفصل بين ان
يكون السن من الاضرار
التي لا ترى او من الاسنان
التي ترى قالوا ويجب ان
يكون الجواب فيها على
التفصيل ان كان السن من
الاضرار التي لا ترى فان
فات منفعة المضغ بالاسوداد
يجب الارش كاملا وان لم
يقت منفعة المضغ يجب فيه
حكومة العدل لان منفعته
قائمة وجماله ليس بظاهر
فيجب فيه حكومة العدل وان
كان من الاسنان التي ترى
يجب كمال الارش وان لم
يقت منفعته لانه فوت جمالا
ظاهرا على الكمال ك
(قوله فيجب تقويمه اى
تقويم الفاتت بالالم وهو
الصحة وهو ما زال لان زوال
الفاتت يحصل البذل ولم
يحصل لكن حصل صحة

قال (ولو ضرب انسان سن انسان فتعكرت سنناني حولا) يظهر اثر فعله
(فلما جله الغاض سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلغا قيل السنة
فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف
ما اذا شجبه موضحة فجاء وقد صارت منقطة فاختلغا حيث يكون القول
قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقطة اما التعريك فيورث في السقوط
فافتروا (وان اختلفا ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر اثر فعله
وقد مضى الاجل الذي وقته الغاض لظهور الاثر فكان القول للمنكر
(ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن ابي يوسف انه يجب حكومة الالم
وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت
يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمى في ماله ولا يجب القصاص)
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي)
لاقصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر او اخضر) ولو اصفريه روايتان قل
(ومن شجر جلا فالنحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش) عند
ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم
وهو حكومة العدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه
وقال محمد عليه اجرة الطبيب وثمان الدوا لانه انما لزمه اجرة الطبيب
وثمان الدوا بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة
يقول ان المنافع على اصلنا لا تنقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في
حق الجاني فلا يغرم شيئا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه
نجرا منها فعليه ارش الضرب) معناه اذا بقى اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملعنة قال
(ومن قطع لرجل خطاء ثم قتله قبل البر فعليه الدية وسقط عنه ارش اليد)
لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما بدل
النفس بجميع اجزاها فتدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قل
(ومن جرح رجلا مراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي يقتص منه

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٣١

اغرى في زمان آخر غير قائمة مقام الفاتت اعظمى (قوله الا ان ابا حنيفة الخ جواب عن قول
ابي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم
من المنافع والمعالجة كذلك والمنافع على اصلنا لا تنقوم ع (قوله الا بقعد كالاجارة الصحيحة
والضاربة الصحيحة او بشبهة كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ع

(قوله فهو في مال القاتل فان النسي بجهت بالصلح انما وجب بعقد والعاقلة لا تدفع حمل ما وجب بالعقد وانما
تدفع حمل ما وجب بالقتل زيلعي (قوله الحديث ولا عبدا ولا صليحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضع
(قوله ولا عبدا اي ولا تعقل هاقلة الانسان ما جنى على عبد فصيادون النفس لان اطراف العبد يسلك بها مسلك
الاموال والعاقلة لا تقبل الجنایات المالية حتى لو قتل عبد انسانا خطأ فالقيمة على العاقلة لانها تبدل النسي
ودم العبد لا يسلك بها مسلك الاموال وقد قيل جنى ان المراد ﴿ ٤٨٢ ﴾

منه ان العبد اذا جنى
جناية فالمرئى هو الذى يلزمه
الدفع او الفداء دون عاقلة
المولى كذا في الاوضح ك
(قوله واذا قتل الاب الخ
كان حكمه قد علم من الضابطة
الكلية لكنه ذكره لبيان
خلاف الشافعي ع (قوله
فالدية في ماله فان قيل
لما وجب المال يجب غسله
لان وجوب المال يمنع
الشهادة قيل وجب القصاص
هنا لانه عمدا لانه تعذر
استيفاؤه لشرف الابوة
فوجب البذل كيلا يهدر
الدم وللبذل حكم المبدل
وقال القاضي الامام ابو زيد
يجب القصاص على الصبي
كما يجب عليه ارش
الجنایات وضمان المتلفات
الا انه سقط لونه مظنة
للمرحمة ك (قوله لعدم
التماثل لان الأدمى مالك
مبتدل والمال ملوك مبتدل
فلا يتماثلان ك (قوله
لا سيما الى زيادة فان المعجل
رائد على المؤجل من حيث
الوصف في المالية الا ترى
ان في العرف يشترى الشيء
بالنسيئة اكثر مما يشترى

في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل
ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها
مالها لاحالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس
فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص
فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل
لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمد الحديث وهذا عمد غيران الاول
يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني
يجب مالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال (واذا قتل الاب
ابنه عمد فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حاة لان
الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب مالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا
عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبر الحق وقه في نفسه حال فلا يجبر بالمؤجل
ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا
لان القياس يأبى تقوم الأدمى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع
وقد ورد به مؤجلا فلا يعقل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التخليط
باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها المجاني فهو
في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور
ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون
خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبا خمسا
فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي عمده عمد متنى تجب
الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تغلف عنه
احد حكميه وهو القصاص فينسخب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب
في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله
لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه
جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي

(مظنة)

بالنقد فايجاب المال بالقتل يكون زيادة على ما وجبه الشرع معنى كذا في المبسوط ك (قوله ولما لم يجز
التخ اي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف تبع للقدر ك (قوله لما
روينا يعني قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا اعترافا ج

(قوله) والكفارة الخ أي حكم الكفارة مثل مدلول اسمها فان الكفارة الستمل (قوله) في فصل الجنين
لأنه الكلام على أحكام الأجزاء الحقيقية عقبه بأحكام الجزء الحكي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم
وهو قيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب وهو الولد مادام في الرحم ملغصا ويكفي استنباطه
بعض غلظه كظفر وشعر رد المختار (قوله) إذا ضرب بطن المرأة وكذا الوجه ضرب ظهرها وأجنبها وأرأسها
أو عضوا من أعضائها فتأمل

٣٨٣

رملى ونحوه في أبي السعود
عن التحرير ردا للمختار
(قوله) ففيه غرة المال
خياره كالفرس والبعير
والبعث والعبد والامة
الفارقة كذا في المغرب
وفي مبسوط شيخ الاسلام
سمى بدل الجنين غرة لان
الواجب عبد والعبد تسمى
غرة وقيل لانه اول مقدار
ظهر في باب الدية وغرة
الشيء اوله كما سمي اول
الشهر غرة وسمى وجه
الانسان غرة لان اول شيء
يظهر منه الوجه كـ (قوله)
وكل منهما خمسمائة درهم
لان نصف العشر من عشرة
الآف هو العشر من خمسة
الآف عـ (قوله) قيمته
خمسمائة قيل وانما بين
الشارع القيمة إشارة الى
ان الحيوان لا يثبت في الذمة
ثبوتا صحيحا الا من حيث
اعتبار صفة المالبية عـ
(قوله) حيث قال دوه أي
ادوايته أمر مخاطب من
السودي سمي الواجب

مظنة المرحمة والعاقلة الخاطي لما استحق التخليف حتى وجبت الدية على
العاقلة فالصبي وهو عذر اولي بهذا التخليف ولا نسلم تحقق العمدية
فانها تنترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر
العقل فاني يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة
عما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره
لانها مرفوعة القلم (فصل) في الجنين قال (وإذا ضرب بطن
امرأة فالغت جنينا مينا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله
عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن
بجنونه والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روى عن النبي
عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد وامة قيمته خمسمائة ويروى
او خمسمائة فتركنا القياس بالآثر وهو حجة على من قدرها بستمائة
نعومالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم
وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على
العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه
وقالوا اندي من لاصاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون
خمسمائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس
ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا
ان رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس
من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا
بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو
اذا كان دية الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء
الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين (ويستوى فيه الذكر
والانثى) لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما يظهر التفاوت لتفاوت معاني

في بدل دية وهو اسم لبذل النفس وهذا الحديث * ٣١ حديث حمل بن مالك بالحاء والبيم
المفتوحين قال كنت بين جارييتين فضربت احدهما بطن صاحبتها بعد فسطاط او بمسطح خمية فالتقت
جنينا مينا فاختصم اولياها الى رسول الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دوه فقال اخوها
اندي من لاصاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله بطل فقال عليه السلام السجع سجع الكهان
لموافقه كذا في العناية وغيرها

(قوله فلا يجب الضمان بالشك اهتراض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنيننا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكره في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة تثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانع فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء والموت بسبب موت الام فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فيبقى ﴿ ٢٤٨ ﴾ على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان ع (قوله وفي جنين الامة اى الذى لا تحمل من مولاه ولا من المغرور لان الحمل من احدهما حر فتجب الغرة ذكرنا ان فتجب الغرة ذكرنا ان او انشئ ك (قوله نصف عشر الخ بيان هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا ان كان ذكرا فوجب عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته ولوضع الجنين ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهيئته على تقدير انه حى ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الامة المضروبة كان القول قول الضارب لانكاره الزيادة فان قيل ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وانوثته فم اذا يجب قلنا تأخف بالمتيقن كمن قتل عبدا خطاء والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن كذا ههنا كذا في الصغيرة ك

الآدمية ولا تغاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فان القته حياتم مات ففيه دية كاملة) لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صرح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياتم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولاشئ في الجنين) وقال الشافعى تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهى حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يغتنى بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لانه يمل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى) وقال الشافعى فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوجب مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقتل بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنه على ما نذكر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على اصله قال (فان ضربت فاعنف المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلها تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اباه وهو حى فنظرنا الى مالتى السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع

(قوله ولا معتبر به اى بظهور النقصان في ضمان الجنين بدليل انه يجب ضمان الجنين وان (للسراية) لم يظهر في الام نقصان ك (قوله يجب ضمان الخ لا يجب الا ضمان نقصان الام ان تمكن فيه نقص فان لم يتمكن لا يجب شئ كما في جنين البهيمة لان الضمان في قتل الرقيق عند ضمان مال حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت ك (قوله اعتبارا بجنين البهائم ويجب في جنين البهيمة ما نقصت الام ان نقصت وان لم نقص الام لا يجب شئ سراجيه در مختار

(قوله على ما باتيك من بعد يعنى فى جناية المملوك والجناية عليه فى مسئلة ومن قطع يندب فاعتقه
الولى ثم مات من ذلك ع (قوله فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة والزجر انما يكون بشئ فيه
عقوبة حتى انها تنادى بالمال والمال شقيق الروح فكان ازالة المال منه بمنزلة الروح ومن وجه عبادة
لادبته بالصوم ك (قوله وقد عرفت فى النفوس المطلقة اى الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة
وهو الجنين لان القياس
لا يجرى فى العقوبات وليس
غير المطلقة نظير المطلقة
حتى يلحق بها دالة
الاترى انه لم يجب كل البديل
ع (قوله بمنزلة الجنين
النم والمرأة اذا ضربت
بطن نفسها او ضربت دواء
لنطرح الولد متعمدة
او عالجت فرجها حتى
اسقطت الولد ضمن عاقلتها
الغرة ان فعلت بغير اذن
الزوج وان فعلت باذنه
لا يجب شئ كذا فى الصغرى
ك (قوله باب ما يحدثه
الرجل الخ لما فرغ من بيان
احكام القتل مباشرة ذكر
احكام القتل تسبيها والاول
اولى بالتقدم اما لانه قتل
بلا واسطة واما لكثرة
وقوعه ع (قوله من عرض
الناس العرض الضم الجانب
وفلان من عرض العشيرة
اى من شقها لامن ضيما
ومراذه الفقهاء بعد العصبان
وقيل المراد بالعرض ههنا
ابعد الناس منزلة اى اضعفهم
وارذلهم ك (قوله لانها
مملوكة لهم اى الغالب انها
مملوكة وذكر فخر الاسلام
المراد بغير النافذة المملوكة

٤٨٥

للسراية على ما باتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة فى الجنين
وعند الشافعى تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً ولان الكفارة
فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب
كل البديل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظوراً فاذا تقرب الى الله تعالى
كان افضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه
بمنزلة الجنين النام فى جميع هذه الاحكام) لاطلاق ما روينا ولانه ولد
فى حق امرمية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق
هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز عن العلقه والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق

قال (ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرسنا او بنى
دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه) لان كل واحد صاحب حق بالمرور
بنفسه ويدوا به فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد
حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا فى الحق المشترك قال
(ويسع للذى عمله ان ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور
ولا ضرر فيه فيلحق ما فى معناه اذ المانع منعته فاذا اضر بالمسلمين كره له
ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام قال (وليس لاحد
من اهل الدرب الذى ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم) لانها
مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم
اولم يضر الابدانهم وفى الطريق النافذ لا تصرف الا اذا اضر لانه
يتغير الوصول الى اذن الكل فجعل فى حق كل واحد كانه هو المالك وحده
حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول
الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما قال (واذا شرع فى الطريق
روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته)

وليس ذلك بعتل الملك فقد ينفذ وهى مملوكة وقد يسد منفذها وهى للعامة ولكن ذلك دليل على الملك
غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه ك (قوله روشنا الروشن الممر على
الطريق وهو مثل الرف كذا فى المغرب وقيل الروشن الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين لئلا يمكن
من المرور ك

(قوله وكذا اذا تعثر الخ اى الدية على عاقلة من اشرع الروشن او غيره كـ (قوله فالضمان بعض ضمانها على المحدث ولا ضمان على الندى عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالالة ع (قوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعنى ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف ٤٨٦ بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد يتحقق باحداه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمد ان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شئ منهما ع (قوله اعتبارا للاحوال اى للحالين يعنى لو اعتبر الطرف الندى في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلناه بضمن النصف وفي فتاوى قاضى خان وان لم يعلم ايهما اصابه في القياس لاشئ عليه لوقوع الشك في الضمان وفي الاستحسان يضمن النصف كـ (قوله اعتبارا للاحوال يعنى يعلم بيقين انه قاتل الجرامة ولا يعلم انه باى الطرفين ان كان بالطرف الداخلى فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه ضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين ع (قوله وبرى مما يحدث منه وهذا التبرى لا ينفعه لانه يبرء من ضمان يجب عليه وتبرء الانسان عن الضمان يجب عليه للغير باطل وان كان بعد سبب الوجوب كـ (قوله استعدا

وهو الاصل وكذلك اذا سقط شئ مما ذكرنا في اول الباب (وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الندى احدهما فيهما) لانه يصير كالدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب فظفر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعبد فيه لما انه وضعه في ملكه (وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الندى وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يعزم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة (ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهو النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اى طرف اصابه بضمن النصف) اعتبارا للاحوال (ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشب وبرى اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا بضمنه لانه متعديه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه) لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كما اشرته (ولو استاجر رب الدار الفعلة لاجرا المجداج او الظلة فوق فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتل حتى وجهت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه مع الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صاب الماء في الطريق فعطب

(قوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعله فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار
لن الملك الحقيقي ع (قوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها ع
﴿ ٤٨٧ ﴾

به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء (او تروضا) لانه متعد فيه
بالحاق الضرر بالماء (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو
من اهلها او قعدا ووضع مناعه) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيه الكونه
من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء
كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر
انه لا يزلق به عادة لا يضمن (ولو تعدد المرور في موضع صب الماء
تسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض
الطريق لانه يجب موضعا للمرور ولا اثر لماء فيه فاذا تعدد المرور
على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش
جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة
الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه (ولو رش فناء حانوت
بأذن صاحبه فضمن ما عطب على الأمر استحسننا واذا استأجر اجيرا
ليبنى له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات
يجب الضمان على الأمر استحسننا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق
فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق
المسلمين او وضع حجرا فتلقى بذلك انسان فدميته على عاقلته وان
تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير
ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله
والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة
لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان
حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد
دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل
به انسان كان ضامنا لتعدي به بشغله (ولو وضع حجرا فنجاه غيره عن
موضعه فعطب به انسان فالضمان على النجى فجاه) لان حكم
فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع
آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يعفوها الرجل في

(قوله فناء حانوت الفناء
سعة امام البيوت وقيل ما
امتد من جوانبها كذا في
المغرب وذكر الامام
الترمذي الفناء ما اعد
لحوايج الدار كربط الدابة
وكسر الحطب ك (قوله
يجب الضمان على الأمر
استحسننا هذا اذا لم يكن
الفناء مملوكا للمستأجر ك
(قوله فالضمان على الاجير
لفساد الامر بخلاف الفناء
لانه يباح له فيما بينه وبين
ربه احدث مثل ذلك في
فنايه اذا كان لا يتضرر به
غيره وقد جرت العادة
بذلك في بلاد المسلمين
فاعتبر امره في ذلك ولكن
لما كان الفناء غير مملوك له
يتقيد بشرط السلامة ك
(قوله في طريق المسلمين
المراد بالطريق في الكتب
الطريق في الامصار
دون الغياقي والصجاري لانه
لا يمكن العدول عنه في
الامصار غالباً دون الصجاري
در المختار (قوله فنجاه
غيره اي حوله عن موضعه
الى موضع آخر رد مختار
(قوله وفي الجامع الصغير الخ
ذكر رواية الجامع الصغير
وسط البيت وكذلك البالوعة

ذكرها في الصحاح ك لاشتمالها على بيان اذن الامام هناية

(قوله اوهو مباح الخ لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة وفي شرح الانواع وقد قالوا
لو قعد في الطريق ليستريح او لمرض اضعفه فعثر به انسان ضمن لان المشى في الطريق مباح بشرط
السلامة كما ان الله تعالى اباح الرمي الى الصيد ولورمى الى صيد فاصاب آدميا او شاة ضمن فاعبر فيه
السلامة فكذلك ههنا ك (قوله على هذا التفصيل يعني انه لو فعل بامر من له الولاية في الامر لم يضمن
ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه ع (قوله مما ذكرناه ٤٨٨) يعني من اول الباب الى ههنا
من اخراج الكنيف والميزاب
والجرص وبناء السدان
واشراع الروشن وحفر
البئر (قوله وغيره يعني
الم يذكر في الكتاب كبناء
الظلة وغرس الشجر ورمي
الثلج والجلوس للبيع ع
(قوله وكذا ان حفر الخ
يعني كما اذا امره الامام فحفر
في طريق المسلمين لم يضمن
مانلى به كذلك اذا حفره في
ملكه وان لم يأذن له الامام ع
(قوله او كان له حق الحفر
بان اذن له الامام او كان لا
يضر باحد زيلعى (قوله
وهذا اى هذا الجواب صحيح
وهو ان يضمنه اذا كان
الفناء لجماعة المسلمين او
كان مشتركا كما اذا كان في
سكة غير نافذة ع (قوله لانه
مات لمعنى الخ اى صار كانه
مات حتى انفه لاسبب
الوقوع في البئر وفي المبسوط
وابو حنيفة يقول انما يصير
هلاكه مضافا الى الحفر اذا
هلك بسبب الوقوع ليحمل
الحافر كالدافع فاما اذا طرأ
عليه سبب آخر هو سبب
لهلاكه كالجوع الذى هاج
من طبعه او الغم الذى اثر

الطريق فان امره السلطان. نذلك اذ اجبره عليه لم يضمن) لانه غير منع
حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة (وان كان بغير امره
فهو منع) اما بالنصر في حق غيره او بالفتيات على رأى الامام اوهو
مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما
فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف (وكذا ان
حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير منع (وكذا اذا حفر في فناء داره) لانه
ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له
او كان له حق الحفر فيه لانه غير منع اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا
بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب منع وهذا صحيح
(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لاضمان على الحافر)
عند ابى حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب
اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما
فالحافر ضامن له لانه لاسبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يفتن
بالبئر وقال محمد هو ضامن في انجوه كلها لانه انما حدث بسبب
الوقوع اذ لولا كان الطعام قريبا منه قال (وان استأجر اجرام فحفرها
له في غير فنائحه فذلك على المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم
يعلموا انها في غير فنائحه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل
فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر ببيع هذه
الشاة فتدبعتها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع
على الامر لان الدايح مباشر والامر مسبب والتراجع للمباشرة فيضمن
المأمور ويرجع المغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد
منهما مسبب والاجير غير منع والمستأجر منع فترجع جانبته (وان علموا
ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بملكه ولا غرور
فبقى الفعل مضافا اليها (وان قال لهم هذا فناءى وليس لي فيه حق الحفر
فحفر وا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم عملوا بفساد الامر

(هذا)

في قلبه فانه يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا يصح للحافر فيه (قوله لانه لاسبب للغم سوى
الوقوع لانه اثر جعل الارض عميقا وهو من آثار حفره فان البئر ينبعث منها العفونة فلا يكون
للمم سبب سوى الوقوع في البئر واما الجوع فانه سبب آخر سوى الوقوع وهو بعد الطعام
واحراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام ك

(قوله فكان الامر بالمحفر في ملكه ظاهر بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف فيه الى آخره فان قيل قوله ليس لي فيه حق المحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالات بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق المحفر يحتمل ان يكون مراد ليس لي ذلك في القديم وهذا اللفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركة الدلالة فلا يعارض الدلالة ع (قوله والثاني تعد هو مباشرة لانه اذا تعدى المرور بان كان بصيرا يجب موصفا آخر للمرور ﴿ ٤٨٩ ﴾ صار متعدفا فينسب التلغى اليه دون المسبب وصار كانه اتلغى نفسه فاما اذا لم يتعد بان

فباغفرهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فنا له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القساء الطين والمطبخ وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالمحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة غير اذن الامام فتعتمد رجل المرور وعليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعتمد رجل المرور عليها) لان الاول تعد هو تسبیب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تغلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في المخافرع الملقى قال (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا مرج في التقيد بوصف السلامة واللبس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقيد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رآه انه اذا لبس ما يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لاتدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه فتدبلا او جعل فيه بوارى او حصاه فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عندناي حنيقة وقال لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مآذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولاي حنيقة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المنولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهل فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة ونصد القرية لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيمانحن فيه الاستينان من اهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة

اي عادة يعني مثل اللبس والجوارق ودروع الحرب في غير موضع الحرب ع (قوله فهو كالحامل اي لبس لو بان زيادة على قدر الحاجة يضمن اذا سقط منه وعطب به انسان لانه لا يعم به البلوى (قوله او حصاه الظاهر ان حصاه فعل ماض مشدد الصاد معطوف على جعل ويدل على ذلك تفسير ابن كمال واما جعله مفردا ببناء الوحدة فبعيد وكذا اردة الظرف ابعد في منهوات ابن كمال ومن وهم ان المراد الظرف الذي فيه الحصاة فقد وهم ردالمجنار

(قوله اول للصلوة وذكر شمس الائمة الرخسى في الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول ابي حنيفة انه اذا كان الجالس منتظرا للصلوة فانه لا يكون ضامنا لما يعطى به لقوله عليه السلام المنتظر للصلوة في الصلوة مادام ينتظرها وانما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه او الحديث او قراءة القرآن كـ (قوله او قعد فيه الحديث وذكر فخر الاسلام والصبر الشهيد في الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطى به رجل ضمن بالاجماع لانه غير مباح ٩٥٠ هـ) وان جلس رجل من غير العشرة

فيه في الصلوة فنقل به
انسان لا يضمن في الصحيح
لان المساجد اعلمت لصلوة
العامة من غير خصوص فكان
اكل واحد ان يصلى فيه
ومعه وانما المفوض
الى اهل المسجد امر الصلوة
بالجماعة كـ (قوله فهو على
هذا الاختلاف ولغاوئل
ان يقول في عبارة الكتاب
تكرار لانه قال وان كان
في غير الصلوة ضمن وغير
الصلوة يشتمل هذا المذكور
كله والجواب ان قوله وان
كان في غير الصلوة ضمن
لفظ الجامع الصغير وقوله
ولو كان جالسا لقراءة الخ
من لفظ المصنف ببيان
لذلك عـ (قوله وله ان
المسجد الخ يعنى ان المسجد
بنى للصلوة وغيرها
من العبادة تبع لها بدليل
ان المسجد اذا ضاق على
المصلى كان له ان يزعم
القاعد عن موضعه
حتى يصلى فيه وان كان
القاعد مشغلا بذكر الله

وان كان في غير الصلوة ضمن) وهذا عند ابي حنيفة وقال لا يضمن على كل
حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء
الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه للحديث فهو على
هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن
بالاتفاق لهما ان المسجد انما بنى للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة
اولا المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان
في الصلوة وله ان المسجد بنى للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد
من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما
يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا
اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر او الى الصيد والمشي
في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره
(وان جلس رجل من غير العشرة فيه في الصلوة فنقل به انسان ينبغي
ان لا يضمن) لان المسجد بنى للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا
الى اهل المسجد فكل واحد من المسلمين ان يصلى فيه وحده

(فصل في الحائط المائل قال) واذا مال الحائط الى طريق
المسلمين فطوبى صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة بقدر
على نقضه حتى سقط ضمن ما تلقى به من نفس او مال) والقياس ان لا يضمن
لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعدي فيه لان اصل البناء كان
في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد
وجه الاستفحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هو وطريق
المسلمين بملكه ورفع في يده فاذا تقدم اليه وطوبى بنقضه
يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره
يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طوبى به كذا هذا بخلاف
ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم

تعالى وبقراءة القرآن او التدريس او معتكفا وليس لاحد ان يزعم المصلى عن مكانه الذي (نوجب)
سبق اليه لما انه بنى لها واسمه بدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العبادة ايضا لا يعرف
المسجد الا للصلوة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلوة
مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين
الاصل والتبع زيلعي

(قوله وله تعلق الخ هذا جواب اشكال وهو ان يقال الهراء حق العامة وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي ان يكون تفرغه عليهم فاجاب بان له بالحائط نقضا فكان النقص اليه شاهان (قوله يعمل الخ كما في الرمي الى الكفار ان تفرسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس ك (قوله ونحملها العاقلة محمد ان العاقلة لاتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقص وعلى

﴿ ١٤٩١ ﴾

انه مات من السقوط عليه وعلى ان الدار له كون لان الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به على الغير ع (قوله بالطريق الاولى اى هو احق بذلك لان الجناية دون الخطأ فيكون ادعى الى التخفيف زيلعى (قوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائطان حائطك هذا مخوف او يقول ماثل فانقضه او اهدمه حتى يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغى ان تهدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة ع (قوله فكان من باب الاحتياط حتى لو اعترف صاحب الحائط انه طوبى بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه ع (قوله ليست بشهادة الخ لان الثابت بهذا التقدم مالا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل ك (قوله ويستوى ان يطالبه الخ وفي شرح الاقطع

فوجب عليه الضمان يمتنع عن التفرغ فيقطع المارة حنرا على أنفسهم فيضرون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فينتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تعلق به من النفوس تجب الدية وتحميلها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاحتياط به وما تعلق به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لاتقل البال والشرط التقدم اليه وطلب النقص منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد لينمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائط هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهوى الحائط لانعدام التعدى قال (ولو بنى الحائط ماثلا في الابناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (ونقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقص ليصير بتركه جانبا ويستوى ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمى لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتب ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفرغ فينفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك بازالة ما شغل هواء هاولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تعلق بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله الغاضى او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق للجماعة المسلمين وليس

وكذلك لو طالبت به امرأة او صبى او رجل غريب من بلد آخر لان جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم وفي شرح الطحاوى لو كان الحائط ماثلا الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى الناس مسلما كان او ذميا بعد ان كان حرا بالغاً ماثلا كان او صغيراً اذن له ولديه بالخصومة فيه او كان عبداً اذن له مولاه بالخصومة فيه ك

(قوله والضمان في مال اليتيم فان قيل الرضى اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك دفع النقض مضرة منجزة وهي مضرة مؤنة النقض وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط ولا يهلك به شيء فكان تركه انظر للمصنف فلا يلزم الموصى ضمان ع (قوله لان فعل هؤلاء كفعله اى فعل الوصى والاب والام كفعله الصبي وفي المبسوطا ذاتقدم الى اب الصبي او الوصى في نقض الحائط ﴿ ٤٩٢ ﴾ فلم ينقض حتى سقط فاصاب شيئا فضاياه على الصبي لان الاب والوصى يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالنقد الى الصبي بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم يعملان للمصبي وينظر ان له فلهمنا كان الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط ك (قوله فهو في عنق العبد حتى يباع العبد كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس وليسنا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرفاته ينفك المجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمجور عليه لان فك المجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط ك (قوله لان الاشهاد من وجه على المولى اما اذ لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى ربة وتصرفا والعبد خصم من جهة الا ترى انه لو ادعى انسان حقا في دار بيد ماذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فظاهر عندهما واما عند ابي حنيفة فلمولى ان يستخلصه بقضا الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك المجر بالاذن لم يتناول وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرفيه كما مر ع (قوله وبصح التقدم الخ يعنى لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه ع

اليوم ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برى من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراء الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريق مع تمكنه بعد ما طوالب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريق الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكك والى الوصى والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد الناجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالى بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيب وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضى (ولو سقط الحائط المثل على انسان بعد الاشهاد فقله فتعثر بالقنيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريق عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقض ضمنه) لان التفريق اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريق اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريق الى مالكها قال (واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلة وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او حفركا بغير رضا الشر يكتن الاخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة قال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما ان التلق بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر

(قوله لان اصل ذلك ليس بعلّة اى القليل من الثقل والعنف لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء علة فيعتبر الكل علة واحدة فيضاني الحكم اليها ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الاعداد المزاومة اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على بعضها فلما اضيف التلف الى الكل وبعض الجراحات معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر ففعل الذي هو غير ٤٩٣ * معتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين

فاعتبر احد النصفين واهدر الاخر وهذا لانه اذا لم يصلح البعض لاضافة الحكم اليه وصلح لقطع النسبة من المزاومة ظهرت المزاومة في قطع النسبة وان لم يظهر في حق استحقاق الحكم كـ (قوله باب جنابة الخ ذكره

عقيب جنابة الانسان والجنابة عليه مما لا يحتاج الى بيان ذلك ولكن لما كانت البهيمة ملحقه بالجمادات من حيث عدم العقل ذكره بعدما جوده الرجل في الطريق قبل جنابة الرقيق ونسبة الجنابة اليها لمشاكل الجنابة عليها رد المختار (قوله لانه يتصرف الخ جواب لسؤال ذكره في التخييرة وغيره مع هذا الجواب وهو ان قيل هو غير متعدي في هذا التسبب فان له ان يمر في طريق المسلمين كباقي ملكه ولو مر عليها في ملكه فالتلف شيئا بهذه الوجوه لم يضمن بها فيجب ان لا يضمن ههنا ايضا قلنا الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور مباح له فيه ويشبه ملك الغير من حيث

فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلّة واحدة وهو الثقل المقدر والعنف المقدر لان اصل ذلك ليس بعلّة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرفت الا ان عند المزاومة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن لما وطأت الدابة ما اصابته يديها او رجلها او رأسها او كعبته او غبظت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفضت برجلها او ذنبها) 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 فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن الابطاء وما يضايقه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط السلامة عنه والتفحّة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان اوقفها في الطريق ضمن التفحّة ايضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن التفحّة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان اصابته يديها او برجلها حصاة او نواة او اثار غبار او حجرا صغيرا ففقاء عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرّى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب والمراد في ما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان رأت او بالت في الطريق وهي تسيير فعتب به انسان

ان ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فوفرنا على الشبهين حظهما كـ (قوله قلنا بالاباحة الخ اى فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجز مطلقا قلنا الخ عناية (قوله لما فيه الخ يعني انا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكنه التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه بمنع من المشي والسير على الدابة مخافة ان يمتلى بما لا يمكن التحرز عنه فاما استطاع الامتناع منه لو شرط عليه حقه السلامة من ذلك لا يمنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء كذا في المبسوط كـ

(قوله ضمن قال الرمي فلو اوقفها لادمام اول ضرورة اخرى ينهى انه ان امكنه العود او التفلح
بضمين والالاد المختار (قوله ثم هو الخ جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه
مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به ووجهه انه اضر منه لما ان الايقاف ادم من السير فلا يلحق به
(قوله لما انه الخ اي لان الايقاف ادم من التسيير وربما يكون مانعا لغيره من المرور فيكون
فوق المرور فلا يلحق به بدلالة النص كـ (قوله والسائق ﴿٤٩٤﴾ الخ لما فرغ عن بيان احكام
الراكب بين احكام السائق

لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا
اوقفها لذلك) لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها
لغير ذلك فغضب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعدي في هذا الايقاف
لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه
ادوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما اصاب بيدها او رجلها
والقائد ضامن لما اصاب بيدها دون رجلها) والمراد النفقة قال هكنا
ذكره القدر في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفقة
بمراى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد
فلا يمكنه التجزعه وقال اكر المشايخ ان السائق لا يضمن النفقة
ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التجزعه
عنه بخلاف الكدم لا مكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو
الاصح قال الشافعي يضمنون النفقة كلهم لان فعلها مضى اليهم والحجة
عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفقة بالرجال
وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال
(وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد)
لانها مسببان بمباشرتهما شرط التلق وهو تقرب الدابة الى مكان
الجنابة فينتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب
(الا ان على الراكب الكفارة) فيما او طمته الدابة بيدها او رجلها
ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما ورام الابطاء لان الراكب
مباشر فيه لان التلق بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة
مضى اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل
شئ وكذا الراكب في غير الابطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكام التنسيب
وكذا يتعلق بالابطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون
السائق والقائد لانه يختص بالمعاشرة (ولو كان اكب وسائق قبل
لا يضمن السائق ما او طمت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه
والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولي وقيل الضمان عليهما لان

الراكب بين احكام السائق
والقائد (قوله والمراد
اي من قوله لما اصاب بيدها
او برجلها وانما قيد التفسير
بهذا لانه كان يجوز ان يراد
بقوله لما اصاب بيدها او
رجلها الوطى ولا خلاف
لاحد انه يضمن فيه السائق
والقائد وانما الاختلاف في
النفقة ولو لم يفسره بهذا
لكان للمأول ان ياول ذلك
بالوطى ويثبت الاختلاف فيه
وليست الرواية كذلك كـ
(قوله فيمكنه الاحتراز عنه
اي بابعاد الدابة عن المتلقى
او بابعاده عن الدابة ع
(قوله ما ذكرناه وهو قوله
وغائب عن بصر القائد فلا
يمكنه التجزعه كـ (قوله
وانتقال الفعل الخ جواب
عن قول الشافعي لان فعلها
مضى اليهم يعنى ان ذلك
لا يكون الا بالقياس على
الاكراه ولا يصح لان هناك
الانتقال بتخويف القتل
وهنا تخويف بالضرب فلا
يلحق به قيل وفيه ضعف
لانه لم يقل بذلك قياسا
على الاكراه وانما قال بناء
على اصل آخر وهو ان

سير الدابة مضى الى ركبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفقة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب
القوى ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ع (قوله بتخويف القتل
يعنى ان الاضافة والانتقال انما يكون في الاكراه الكامل وهو التخويف بالقتل او بالقطع لافي الاكراه
القاصر وهو التخويف بالضرر وهذا الاكراه قاصر فلا ينتقل اليهم كـ

(كل)

(قوله كل ذلك الخ ذكر محمد في الاصل ان الراكب اذا امر بغيره في الدابة فاوطات انسانا كان الضمان
عليهما وعلى فقال لان الناحس ساقى والامر راكبه فقد تبين بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان
ما وطئت الدابة يشتركان ولا يخصص به الراكب كـ (قوله سبب الضمان لان كل واحد منهما بانفراده عامل
بالاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلف بالوطى وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاق
عمل السوق في الاتلاف الى الركوب ١٤٩٥) بل كان التلغ مضافا اليهما نصفين والمسبب انما
لا يضمن مع المباشر اذا كان

كل ذلك سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) وقال زفر الشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته الم نفسه وصاحبه يهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بمرفاقتهور عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشى في الطريق فلا يصلح مستند للاضافة في حق الضمان كالمشى اذا لم يعلم بالبر وقوع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فارجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضع الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حريين في العمد والخطا ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعوا فداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما اهلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابى حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الأدمى فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذ ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذ به المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البتل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله

معتبرة لاتلافه في الحكم فاما قوة المصدوم فلا يصلح ان يكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرة هارجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر كـ (قوله تجب على الخ لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم قلنا ان العبد الجاني واخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجنى عليه وهو الحر لان القيمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا لاجهة كون الحر قاتلا كـ

(قوله بخلاف الرداء يعني اذا كان لابس ارداء فسقط عنه وعطب به انسان او غيره لاضمان عليه لان الانسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان يمشى عريانا ولا يستطيع الامتناع عنه بجعل عفو ك (قوله) ولانه قاصد الخ ولان اللباس تبع للباس وهو لوقوع في الطريق وعثر به انسان لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه زيلعي (قوله) كما في المحمول على عاتقه فانه اذا وقع على شئ فانتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد

٤٩٦

حفظه ع (قوله) اما اذا كان توسطها الخ قيد التوسط بأخذ الزمام لانه اذا لم يأخذ فهو سائق لكل اوقائد لانه ان كان يكون احيانا توسطها واحيانا يتقدم واحيانا يتأخر ولو كان رجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن فيما يصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه اما في البعير الذي هو عليه لانه راكب واما فيما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط ببعيره وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده واما اذا كان هو سائما على بعيره او قابلا لاي فعل شيئا يكون به قائد لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في البسوط ك (قوله) والقائد لا يعلم قيده لينبتني عليه

ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعدي في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الصدا والامكان فيه بخلاف الرداء لانه لا يشترط في العادة لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على مامر من قبل فيقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائق لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمن ما تلى بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقسام الزمام والسائق يسوق ما يكون قد امه قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطر والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد لدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب لدية على العاقلة كما في القتل الخطاء (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الرابط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال السائق بالقود دون الرابط قالوا هذا اذا ربطوا القطار تسير لانه امر بالقود دالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربطوا الابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دالة فلا يرجع بمالحقه عليه قال (ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمنه) لان القمل انتقل اليه بواسطة السروق قال (ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فور لم يضمن) والفرق ان بين البهيمة يحتمل

قوله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه اذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط ك (قوله) وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء اي القائد والرابط بطريق الشركة وكل منهما مسبب اي في ان كل منهما مسبب وهذا يوجب الاشتراك في الزمان ك (قوله) قالوا هذا الخ يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير او لوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط الخ ع (قوله) ومن ارسل بهيمته يريد كلها لقوله بعد وكذا الوارسل كلها عناية

(قوله بمنزلة ومن ذمه قالوا لو ارسل باز ياتي الحرم فقتل صيد الحرم لا يضمن المرسل زيلعي (قوله لم يضمن
يعني ان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل ك) (قوله مختارة الغ الاصل ان الفعل الاختباري
ينافي الى فاعله ولا يجوز اضافته الى غيره الا ان اتركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد منه السوق بخلاف ما اذا
ارسل الكلب الى صيد حيث يوكل ما اصابه وان لم يكن سائقا لان الحاجة معت الى الاصطياد فاضيف الى المرسل
ما دام الكلب في تلك الجهة زيلعي ﴿ ٤٩٧ ﴾ (قوله فالمرسل ضامن قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى

وفي النهاية وان كان اصاب
الكلب شيئا في فور الارسال
لا يضمن المرسل بخلاف
الدابة حتى قالوا اذا
ارسل كلبا اردابة فاصاب
في فوره شيئا يضمن في الدابة
دون الكلب والطير ك) (قوله
الا اذا لم يكن طريق آخر
سواء اى سوى طريق البينة
او اليسرة بان كان على
المادة ماء او مل فاع لا ينقطع
حكم الارسال ايضا كما لو لم
ينقطع بيمنة ويسيرة ك
(قوله لان تلك الوقفة
الغ يعني ان هناك بوقوفه
لا ينقطع حكم الارسال حتى
مل ما قتله من الصيد ولو
انقطع حكم الارسال لما حل
كما لو قتله هو بنفسه من غير
ارسال فلما كانت وقفة الكلب
تحقق مقصود المرسل الذي
هو اخذ الصيد كان له هذه
الوقفة حكم السير فلم ينقطع
حكم الارسال كذلك ك
(قوله وهذه اى هذه الوقفة
التي هي وقفة الدابة
والمراد بها الفرس والبعير
وامثالهما ينافي مقصود
المرسل الذي هو السير ك

الموت فاعتبر سوقه والطير لا يجتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه
بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد
ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة
في فعلها ولا تصلح نائمة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو
المخيفة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد
م شروع والطريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدو وان روى عن ابي يوسف
انه اوجب الضمان في هذا كانه احتياطا صيانة لاموال الناس قال وذكر في الميسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان
سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت بيمنة او يسرة
انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا اذا وقفت ثم
سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذت
الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم يمكنه من الصيد وهذه
تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد
فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق
يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد
فباح ولا تنسب ابوصفي النعدي قال (ولو ارسل بهيمة فافسدت
زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يميننا او شمالا وله طريق آخر
لا يضمن لما مر ولو انقلبت الدابة فاصابت مالا او آدميا لبلاد او نهارا
لا ضمان على صاحبها) لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد
هي المنغلقة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه
من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقتلت عينها ففيها ما نقصها) لان
المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الانقصان وفي عين بقرة الجزار
وجزوه ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال
الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روى ان النبي عليه السلام

(قوله وبخلاف الغ (جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٣٢ معطوف على قوله بخلاف ما اذا
وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة ثم في قوله وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد الى آخره ذكره الفرق
بين الارساليين كما انه في قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين ك) (قوله هي المنغلقة
اي العجماء التي اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنغلقة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور
الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيرها احقرنا من الاجراء على عمومه هنا

(قوله) ولان فيهما الخ دليل معقول وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود فيهما اللع
وفقام العين لا يفوته بل هو عيب فيلزمه نقصان المالية ع (قوله) فيشبهه الآدمي في ايجاب الربع من حيث
انا اوجبنا المقدار من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفى النصف فوجب نصف التقدير الواجب
عملا بهما وذكر الامام الترمذى وقيل لو فقام الاخرى او فقاما معا يجب القيمة ان سلم المحبسة
وفي جامع ابي بكر فقام عيني الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها ﴿ ٢٩٨ ﴾ على الفاقى وضمنه القيمة
وان شاء أمسكها وضمن
النقصان وهذا لان المعمول
به في هذا الباب النص
والنص ورد في عين واحدة
فيقتصر عليه كـ (قوله) ولانه
انما يمكن الخ دليل آخر
لكن الاعتماد على الاول
الا يرى ان العين لا يضمنان
بنصف القيمة كذا قال فخر
الاسلام ع (قوله) دون
الراكب فان قيل القياس
يقضى ان يكون 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 بالاثار
وفيه اثر عمرو ابن مسعود
قد اشار المصنف ايضا الى
الجواب بقوله ولان الراكب
والمركب مدفوعان بدفع
الناخس والمدفوع الى الشئ
وان كان مباشرا لا يعتبر
مباشرا كما في الاكراه الكايل
فلا يجب عليه جزاء المباشرة
ان فرض مباشرا ولا التسبب
ايضا لانه يعتمد التعدي
وهو مفقود ع (قوله) والراكب

قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها
مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هنا
الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المالكولات
فعلنا بالشبهين يشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفى
النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عينها وعينا
المستعمل فكانها ذات اربعين اربعة فيجب الربع بقوات احداهما قال
(ومن سار على دابة في الطريق يضربها رجل او نخسها فنفتحت رجلا
او ضربته بيدها او نفرت فصدمته كان ذلك على الناخس دون الراكب
هو المردى عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب
مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان
الناخس متعد في تسببيه والراكب في فعله غير متعد فيترجع جانب
في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان
على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقان ايضا قال (وان نفعت
الناخس كان دمه هدرا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القتل الراكب
فقتلته كان ديبته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسببيه وفيه الدابة
على العاقلة (قل ولو ووثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب) لما بيناه والواقى في ملكه والنبي يسير
في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب
نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطى الدابة والثاني مضى
الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفعتها
لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصاع امره به
وانتقل اليه لمعنى الامر قال (ولو وطئت رجلا في سيرها
وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا
اذا كانت في فورها الذي نخسها) لان سيرها في تلك الحالة مضى
في فعله الخ يعني ان الراكب مباشر فيما اذا تلفت بالوطى لانه يحصل التلف بالنقل (اليهما)
كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا يسير
وترجع الناخس في التغريم للتعدي ع (قوله) لما بيناه اشارة الى قوله لان الراكب والمركب مدفوعان
وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسببيه وليس بشئ فنأمل عنائه (قوله) والثاني اي الوطى

(قوله ولا يتناول من ميث انه اتلاف لوجود انفصال السوق من الاتلاف فليس هينه ولا من ضروراته فمن هذا الوجه يقتصر عليه اى على الناقص لان الراكب اذ ناله بالسوق لا بالابطاء ع (قوله والركوب الغ جواب سؤال تقريره ان الراكب صاحب علة للوطى على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والدفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقة ولهذا يجب عليه التكفارة دون الناقص فانه صاحب شرط في حق فعل الوطى والاضافة الى العلة

٤٩٩

اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطى ولكن النقص ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطى فكان الوطى ثابتا بعلمين فيجب الضمان عليهما ع (قوله صبيبا يستمسك الخ انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احدا ما الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضاف سيرها الى احد كانت منفصلة وفعلها جبار ع (قوله والناقص اذا كان عبدا يعنى ونقص بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يقضى ع (قوله وان كان صبيبا ففي ماله قال العلامة النفسى في الكافي يعتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال او فيه ادون

اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناول من ميث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطى فالنقص ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطى وبهذا لا يرجع صاحب العلة كمن جرح انسانا فوق وقع في بئر حفها غيره على قارة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى ون علة الجرح كذا هـ اثم قيل يرجع الناقص على الراكب بما ضمن في الابطاء لانه فعله بامر وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنقص ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيبا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناقص انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النقص حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النقص فبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فاقفلت من يد القاذف فاصابت في فورها

فهو على الناقص وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناقص اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيبا ففي ماله لانهم اموال اذن بافعالها (ولو نخسها شئ منصوب في الطريق فنفتحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشئ) لانه منع بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجنانية عليه

قال (واذا جنى العبد جناية غطاء قبل لمولاه امان تدفعه بها وتغديه) وقال الشافعي جنانيته في رقبته ببيع فيها الا ان يقضى المولى الارش وقاؤه الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجنانية ان يجب على المتلفي لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان

ارض الموضحة قلست ويعتمل ٣٢ ان يراد به ان الصبي اذا كان من العجم لانه لا عاقلة للعجم ك (قوله باب جناية المملوك الخ) ما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو المرشع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانقطاع رقبته لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اغرباب جنابة المملوك عن باب جنابة البهيمة لان جنانيته كانت باعتبار الراكب والسابق او القائد وهم ملاك ع

(قوله فتجب في ذمته اي في ذمة العبد لان زمان الجنابة في حق من لاهاقلة له بمنزلة هيمان المال فيكون واجباً في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلاً للمالية رقبته فبيع فيه الا ان يقضى المولى دينه كـ (قوله) كما في النسي يعني اذا قتل النسي رجلاً غطاءً يجب دينه في رقبته لاهلى عاقلة كما في اطلاق المال (قوله) ولنا ان الاصل الخ فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندنا الوجوب على العبد كما ذكرنا وبناؤه ﴿ ٥٥٥ ﴾

على اصل ونحن على اصل فمن اين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال ان قوله الاصل في موجب الجنابة ان يجب على المتلف باطل فان الاصل ذلك في موجب جنابة العبد او الخطاء الاول مسلم ولا يفيد اذ الكلام في الخطاء والثاني عيس النزاع لـ (قوله) الا انه يخبر الخ استثناء من قوله والمولى عاقلة جواباً عما يقال لو كان المولى عاقلة لما كان محملاً كافي سائر العواقل ووجه ذلك مذكور في الكتاب وتحقيقه ان الخطاء يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر التخفيف فيهما بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فظهرناه فيه باثبات الخيار (قوله) غير ان الخ جواب عما يقال لو وجب الجنابة في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الجاني المحر اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلة ع

العقل عندى اي عند الشافعى بالقرابة والقرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته ببيع فيه كما في الجنابة على المال ولنا ان الاصل في الجنابة على الآدمى حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تجزأ عن استئصاله والاجابى به اذ هو معذور فيه حيث لم يعتمد الجنابة وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف النسي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهرب وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخبر بين الدفع والقضاء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصل هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى القضاء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني المحر لان الواجب لا يتعلق بالحراسين فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه ولى الجنابة وان فداه فداه بارشاه وكل ذلك يلزمه حالاً) اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما القضاء فلانه جعل بدلاً عن العبد في الشرع وان كان مقدراً بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ مكمه فلهذا وجب بدلاً كالبدل (وايهما اختاره وفعله لاشى لولى الجنابة غيره) اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لاحقه الا الارش فاذا ارفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لنحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاهد فجنى كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الاولى) معناه بعد القضاء لانه لما ظهر عن الجنابة بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال (وان جنى جنائتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولى الجنائتين يفتسمانه على قدر حقيهما

(واما)

(قوله) في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها الترمذى ان الدية هو الاصل لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحاً لما ذكرنا في الاسرار ان مشايخنا ذكر ان الواجب الاصل هو الارش على المولى والمختص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نعت محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد ع

(قوله لا يمنع الخ وهذا بخلاف الرهن فان تعلف حق المهرن بالرهن يمنع تعلف حق الثاني به معنى ان
الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون لغته قبل الرهن او بعده لا يتعلق سائر الديون به لان الرهن
ايضا حكما والارتمان استيفاء حكما فيعتبر ان بالايفاء والاستيفاء الحقيقيين ففى الحقيقي لا يبقى تعلف فكندا
فى المحكى كـ (قوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان
تقسم على قدر الموض كذا فى ٥٥١) الايضاح كـ (قوله وعلى هذا حكم الشجات يعنى لو سجد

رجلا موضحة واخرها شمة
واخر منقلة ثم اختصار المولى
الدفع يدفع الى صاحب
الموضحة سدس العبد لان له
خمس مائة والى صاحب الهاشمة
ثلثه لان له الفا وخمس مائة
فيقتسمون الرقبة هكذا ع
(قوله لان الحقوق مختلفة
يعنى فجاز ان يختار فى
احدهم خلاف ما يختار فى
حق الآخر كمالو انفراد كل
واحد منهم ع (قوله والحق
يجب الخ هذا جواب اشكال
وهو ان يقال الحق وان كان
متعدا بالنظر الى السبب
فهو متعدد بالنظر الى
المستحقين فينبغى ان يتمكن
المولى من ان يفسد
من احدهما وان يدفع
الى الآخر كما فى الجنابات
المختلفة كـ (قوله ثم للوارث
خلافة عنه 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 ع

واما ان تفديه بارش كل واحد منهما) لان تعلف الاولى برقبته لا يمنع
تعلف الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ملك المولى لم يمنع تعلف
الجناية فعق المجنى عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر
حقيقتهما على قدر ارش جنايتهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد
المذوق على قدر حصصهم وان فداه فداه بجمع ارشهم) لما ذكرنا (ولو قتل
واحد او قفا عين اخرى يقتسمانه اثلاثا) لان ارش العين على النصف
من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى ان يفسد من بعضهم
ويدفع الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة
باختلاف اسبابها وهى الجنابات المختلفة بخلاف مقنول العبد اذا كان له
وليان لم يكن له ان يفسد من احدهما او يدفع الى الآخر لان الحق متحد
لانعدام سببه وهى الجناية المنفردة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا يملك التفريق فى موجبها قال (فان اعنته المولى وهو لا يعلم
بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعنته بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش) لان فى الاول فوت حقه فيضمنه وحقه فى اقلها ولا يصير
مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفى الثاني صار مختارا لان
الاعتاق يمنع من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين
الوجهين البيع والهبة والتبعية والاستيلاء لان كل ذلك مما يمنع الدفع
لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق
ولى الجناية فان المقر له يخطب بالمذوق اليه وليس فيه نقل الملك لجواز
ان يكون الامر كما قاله المقر والمقره الكرخى بالبيع واخواته لانه
ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع والطلاق
الجواب فى الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا المعنى لا يختلف
والطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزول الملك
بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع
لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير مختارا حتى يسلمه لان

(قوله والطلاق الجواب يريد به قوله ضمن الاقل
من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله فى اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس ومادونه ع
(قوله ينتظم الخ يعنى اذا باع مولى العبد الجانى العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارا
منه للفداء وفى الايضاح اما على قولهما فلان الملك يثبت للمشتري واما على قول ابي حنيفة فملك البائع
يزول وان ام يثبت للمشتري وغواقه الدفع يكون يزول ملك البائع كـ

(قوله بخلاف الكتابة الفاسدة أى يصير مختارا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان هناك لا يكون مختارا للفداء قبل التسليم الى المشتري وفي الايضاح ان موجب عقد الكتابة الفاسدة تثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض في قوله ولو ضربه فنقصه بان اثر فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزا ٥٥٢ منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن

الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبها يثبت قبل قبض البذل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزاء منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطى الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خیار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولى الجناية ان

يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبد ان قتل فلانا او رميته او شججته فانت حرة فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه بالجناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يثبت في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان عرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذا لم يمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه عرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعى اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

الارض الا ان يرضى ولى السدم ان يأخذنه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كان النقصان حصل بأففة سداية ع (قوله لانه حبس الخ ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل ان يغاصم فيه لا يكون مختارا للفداء بل يمنع او يفدى لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن ولو غوص في حالة البياض فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فاقضاء نافذ لا يرد لان الخيار قد استعكم بانضمام القضاء اليه ك (قوله وان لم يكن معلقا وانما قيد به لاثبات الفرق بين وطى البكر والثيب لان بوطى الثيب لا يكون مختارا للفداء ما لم يكن الوطى معلقا في ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف ان مطلق الوطى يكون اختيارا لان المحل يختص بالملك فيكون دليل على امساك العين (قوله بخلاف التزويج

اى لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لا يقر عليها بالسرقه عالما بالجناية فان بهذا لا قرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان محكما لم يثبت اختيار الفداء ع (قوله فهو مختار الخ وفي المبسوط فان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلاش على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختص بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفرقا حق ولى الجناية فلذلك لا يلزمه شىء ك

(قوله) وجه ذلك الخ ير يدعيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق ع (قوله) تبين ان الصلح
 اي الدفع وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من ان الموجب الاصل هو الفداء فكان الدفع
 مسئلة الصلح لمعقود موجب الجناية ع (قوله) فكان الصلح واقعا بغير بدل يعنى المصالح عنه لان الذى كان
 الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل ع (قوله) كما اذا
 وطى الخ اي كما اذا طلق امرأته

٥٥٣

ثلاثا ثم وطئها في العدة
 مع العلم بحرمتها عليها
 فانه لا يصير شبهة لدرء
 الحد ع (قوله) الا ان يجعل
 صلحا الخ فيجعل مصلحا
 عن ذلك مقتضى للاقدام
 على الاعناق ويجعل المولى
 ايضا كذلك دلالة وشرط
 صحة الاقتضاء وهو امكان
 المقتضى موجودا ولهذا
 لونه الخ ع (قوله) وذكر
 في بعض النسخ قال فخر
 الاسلام وذكر في بعض
 نسخ هذا الكتاب اي
 كتاب الجامع الصغير هذه
 المسئلة على خلاف هذا
 الوضع وساق الكلام مثل
 ما ذكر في الهداية وبعض
 الشارحين عبر عن النسخة
 المعروفة وعن الثانية
 بغير المعروفة ع (قوله)
 الى آخر ما ذكرنا يعنى
 وان لم يعتقه رد على المولى
 ويجعل الاولياء على
 خيرتهم بين القتل والعفو
 ع (قوله) وهذا الوضع
 اي الوضع الثاني وانما
 خص هذا النوع بوروده
 اشكالا لان دفع العبد

قال (واذا قطع العبد بدرجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه
 ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى
 وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوه عنه) وجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه
 وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف
 العبد لا يجرى القصاص بينهما وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين
 ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير
 بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطى المطلقة الثلاث
 في عتقها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
 لان اقدامه على الاعناق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر
 ان من اقدام على تصرف يقصد تصحيحه ولا يصحفه الا وان يجعل صلحا
 عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لونه لونه ورضى المولى به يصح
 وقدرى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل
 بكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح
 في ضمن الاعناق ابتداء واذا لم يعتق لم يرجع الصلح ابتداء والصلح
 الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو
 والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع بدرجل عمدا فصالح القاطع
 المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك
 فالعبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد
 اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب
 القصاص هنالك وهما قال يجب قيل ما ذكرهنا جواب القياس
 فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق
 وجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحنفى كان له في اليد من حيث
 الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يهتفى بوجوده
 حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل
 الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمنع
 العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريب ما ذكرناه من

في هذه الوضع بطريق الصلح والصلح منضم للعفو لانه ينبت عن الخطيئة فيكون هذا نظرا لعفو
 ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع منه ليس بطريق الصلح لانه ليس فيه عطش بل العبد موجب
 جنائنه بنمائه واذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو
 ع (قوله) وهما قال يجب فانه قال وقيل للاولياء اقتلوه ك (قوله) ما ذكرناه وهو قوله لان اقدامه على
 الاعناق يدل على قصد تصحيح الصلح الخ كفايه

(قوله واذا جنى الع الاصل
اختار الدفع الى ولي الجناي
وانما بدى بالدفع جه عاين
لانه لم يوجد في يد المشتري جن
وهو عالم بعنايته كان عليه

انه اذا جنى وعليه دين غير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفساد او اذا
 تم بيع في الدين فان فضل شئ فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه والا فلا شئ له
 من لانه امكن بيعه بعد الدفع ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية
 زيلعي (قوله ولم يعام بالجناية فيسببه لينبى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه

٥٠٤

(قوله الاجماع او الغلة بان قال بامتنك وامنت امنى او اخنعت منك غلة وانما امنى فقال هل كان ذلك بهد
 العتق فان القول قول المولى كـ (قوله الاشعث الخ يعنى لو كان اقر باخنى منها بعينه والمأخوذ قائم
 بعينه واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد مخرج عليه بناء هذه المسئلة محمد على الاصل المذكور واجاب عن
 تغاى الشئ القائم بعينه بانه اقر بيدها الخ ع (قوله كما اذا قال الخ اى قال لغير فقات عينك
 اليمنى وعينى اليمنى صحيحة

٥٥٥

ثم فقتت يريد بذلك
 براءته عن ضمان العين
 قصاصا وارشا فقال المقر له
 بل فقاتنها وعينك اليمنى
 مقفوة يريد به وجوب نصف
 الدية عليه وهذا بناء على
 ان جنس العضو المختلف اذا
 كان صحيحا حال الاطلاق ثم
 تلف سقطا القصاص بناء على
 اصل اصحابنا ان موجب
 العمد القود على سبيل
 التعمين وله العدول الى المال
 فقبل العدول اذا فات المجل
 بطل الحق ع (قوله فقات
 ليس المراد من الفقتى القلع
 لانه لا قصاص فى القلع ولكن
 المراد منه اذهاب الضرم مع
 بقاء العين وفيه القصاص
 كـ (قوله ثم فقتت اى
 ذهبت عينى اليمنى وسقط
 القود كافى (قوله وكذا
 يضمن لانه ما اسنده الى حالة
 منافية للضمان لانه يضمن
 مال الحربى اذا كان مستأمنا
 حميديه (قوله اذا اخذه

ما اخذ منها الاجماع والغلة استعسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
 رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشعث قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر
 وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما
 فى الرطى والغلة وفى الشئ القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى
 التملك عليها وهى منكورة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما
 انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره
 فقات عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقتت وقال المقر له لابل فقاتنها
 وعينك اليمنى مقفوة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية
 للضمان لانه يضمن يدها لوقطعها وهى مديونة وكذا يضمن مال الحربى اذا
 اخذه او هو مستأمن بخلاف الرطى والغلة لان مولى امته المديونة لا يوجب
 العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه
 فنصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان (قال واذا امر العبد المحجور
 عليه صبياحرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبى الدية) لانه هو القاتل
 حقيقة وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل (ولاشئ على الامر) وكذا
 اذا كان الامر صبيلا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المواخذه فيها باعتبار
 الشرع وما اعتبر قوله ما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الامر باذنه ويرجعون
 على العبد الامر بعد الاعتراف لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال
 بالنقصان اهلية العبد بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية قال (وكذلك
 ان امر عبدا) معناه ان يكون الامر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما
 (يغاطب مولى القاتل بالدفع او القدام) ولا رجوع له على الاول فى الحال
 ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من القدام وقيمة العبد لانه غير مضطر
 فى دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ كذا اذا كان عبدا
 والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب

الخ صورته مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربى ثم اسلم الحربى ثم خرجا اليها فقال المسلم
 اخذت منك مالا وانت حربى فقال بل اخذت منى وانما اسلم ع (قوله لا يوجب العقر لان حق الغرماء
 لا يتعلق بمنافع بضعها لانها ليست بمال وكذا اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة وهو
 مسجون يصح ولو اخذ لا يكون مضروبا على المولى فكان منكسرا لا مقرا ذكره الامام الكسافى كـ

(قوله) فالقسمة عندهما الخ اصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في النعمة كالفرسين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في النعمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب جميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في النعمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لرباع عبد انسان كله وفضوليا آخر ربع نصفه واجاز المولى البيهقي ان كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمدلان حق وولي العمدكان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فينتعلق حق وولي الخطاء بهذا النصف بلامنازعة وبقي النصف الآخر واستوت منازعة وولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضولي بين ولاي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل النكاح والقسمة بينهما في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق وولي الخطاء في عشرة الآف وحق شريك العاني في خمسة ويضرب كل واحد منهما بعصه كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الغان لرجل والى لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين (ثبت) اثلافا بطريق العول والمضاربة وثلثها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري ابتداء عنابه (قوله) وقال يدفع الخ يعني ان نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بغير صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما اصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط ككفايه

القصاص لم يربانه بين الحر والعبد (قال اذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة الآف درهم) لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة اوفى عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداء المولى فداء بخمسة عشر الفا وخمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ) لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولاتضايق في الفداء فتجب خمسة عشر الفا (وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العاني من ولي العمد عند ابي حنيفة وقال يدفعه ارباعه ثلثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد) فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلامنازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلها يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلا لثلاث لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات (قال واذا كان عبدين رجلين فقتل مولى لهما) اي قريبا لهما (فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة وقال يدفع النكاح عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف ان حق القصاص

القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمدلان حق وولي العمدكان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فينتعلق حق وولي الخطاء بهذا النصف بلامنازعة وبقي النصف الآخر واستوت منازعة وولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضولي بين ولاي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل النكاح والقسمة بينهما في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق وولي الخطاء في عشرة الآف وحق شريك العاني في خمسة ويضرب كل واحد منهما بعصه كرجل

عليه ثلثة آلاف درهم الغان لرجل والى لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين (ثبت) اثلافا بطريق العول والمضاربة وثلثها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري ابتداء عنابه (قوله) وقال يدفع الخ يعني ان نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بغير صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما اصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط ككفايه

قوله ثبت في العبد الخ يعني ان حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص شافعا لان ملك الولي
لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبي
يستحق دمه بالقصاص فاذا وجب وجب لكل منهما نصف القود شافعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك
انقلب نصيب احدهما مالا بعفو الآخر انقلب شافعا فما صادف ملكه سقط وبقي ما صادف ملك صاحبه
وهو الربع مل (قوله فصل

٥٠٧

لما فرغ من بيان احكام جنائية العبد شرع في بيان احكام الجنابة على العبد
فقدم الاول ترجيحا للجانب الفاعلية غ (قوله خمسة
هذا اظهر الروايتين وفي الحسن من ابهيحيفة انه
يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة ك (قوله وقال
ابويوسف والشافعي الخ هذا القول من ابي يوسف
قوله الآخر وكان يقول او لا مثل قولهما وهذا
الاختلاف بناء على ان الواجب بقتل العبد غطاء
ضمان المال ام ضمان النفس فابويوسف والشافعي رجعا
جانب المالية لان ضمان المال بالمال اصل وضمان
ماليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهما امكن ايجاب
الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف
القياس ك (قوله ولهذا يجب للمولى الخ يعني لو كان
بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدية مبقى
على اصل الحرية ولهذا لا ينفذ اقرار المولى بالقصاص

ثبت في العبد على سبيل الشروع لان هلك المولى لا يمنع استحقاق القصاص
له فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع
في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون
في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في
نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلماذا يقال ادفع نصف
نصيبك واقتده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول
لانه بدل دمه ولهذا اتقضى منه ديونه وتنقذه وصاياه ثم الورثة يخلّفونه
فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلّفه
الورثة فيه (فصل) (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزيد على عشرة
الآل درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة
الآل الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة)
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابويوسف والشافعي تجب قيمته
بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب
قيمه بالغه ما بالغ بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى
وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى
العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا وبذلا وصار كقليل القيمة والغصب ولا ي
حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم
للمواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى
المالية والادمية اعلاهما فيوجب اعتبارها باهدار الادنى لا عند تذر الجمع
بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذا الغصب لا يرد الا على المال
وبقاء العقد يتبع الفائزة حتى يبقى العقد بعد قتله عبدا وان لم يكن القصاص
بملا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية
الا انه لا سمع فيه فقد رناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة

على عبده فان قيل وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية الا ترى ان القصاص يجب
للمولى لو قتل عبده عبدا وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق قلنا استقيم القصاص مبنى على الولاية
السلطان ولي من الاول له والمولى ولي العبد فيجب القصاص له فاما استحقاق المال لا يمتن على الولاية
الاثر اذا وجد سببه ولا يجري الارث بين المولى وعبده فعلم انه انما يستحقه ليحجر فوات ملكه كافي
سائر الاموال وكما في الغصب ك

(قوله باقر عبد الله بن عباس وفي هامة السكتب باقر عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم وهو لا يبلغ بدينه العبد دية الحروب ينقص منه عشرة دراهم رواه القندوري في شراح مختصر الكرخى وبه قال النخعي والشمسي ورواه عبد الرزاق وابن ابي شيبة كذا قال على القسارى وهذا كالمردى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها بالسماع من صاحب الوحي مل (قوله لابراء الخ هذا الذى ذكره خلاف

﴿ ٥٥٨ ﴾

ظاهر الرواية وفي المبسوط يجب نصف قيمته باللغة ما بلغت في الصعيح من الجواب الا في رواية عن محمد انه يجب في قطع يده خمسة آلاف الا خمسة وهذا لان العبد في حكم الجنابة على المرافة بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا ينعلمها العاقلة الا ان محمد اقال في بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كالوقوع يد عبد والعبد يساوى ثلثين الفا ضمن خمسة عشر الفا ك (قوله فهو مقدار الخ يعنى يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمته العبد لانه يجب في الحرن نصف عشر الدية ع (قوله على ماقررنا اشارة الى قوله ولا بيع حبيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله (قوله وفيه الكلام اى في وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره

لان قيمة الحرن مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اظهار الانحطاط رتبته وتعيين العشرة باقر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لايزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الايدي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحرن فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ماقررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بيننا ان ضمان الغصب ضمان المالقة قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والاقتص منه وهذا عند ابي حنيفة واى يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحنف لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحنف للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتعقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام اجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان مال كل منهما من الحنف ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخرى بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يعيله وطبها ولان الاعناق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقض له معلوم والحكم منع فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل

ك (قوله فيما يحتاط فيه اى فيما لا يثبت بالشبهات احترز بهذا عن قال لاخر لك على الف درهم من فرض فقال المقر له لابل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال ويجرى البطل والاباحة فيها ولا يبالى باختلاف السبب ك (قوله بثبوت الولاية اى ثبوت الولاية استيفاء القصاص في العمد للمولى ك (قوله الفصل الاول يعنى ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب الغصاص بالاتفاق لان المقضى له مجهول هناية

قوله لان المقضى له مجهول لاننا لو اظهرنا حالة الجرح فالمقضى له المولى ولو اظهرنا حالة الموت فالمقضى له لورثته
(قوله بخلاف تلك المسئلة يعنى المستشهد بها بقوله كما اذا قال لاخر يعنى هذه الجارية الخ فان الحكم
فيها يختلف لان ملك العين يغاقر ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصود او ملك اليمين قد لا
يثبت مقصودا فاختلف السبب عنابه (قوله وذلك في الخطأ حتى ان من جرح عبد انسان خطأ ثم اعتقه
مولا ثم مات من تلك الجراحة ٥٥٩) ينقطع السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة كـ (قوله فادفع

العنف اى بين ذلك اليوم
بالتعين في احدهما وانما
ذكر بلفظ اوقع ليدل به
على ان العنف لم ينزل
على احدهما في حق الارش
معينا وان كان وقوع العنف
على احدهما في بعض
الصور كما في الموت والقتل
فانه اذا قال احد كعاهر
فمات احدهما او قتل تعين
العنف في الآخر عنابه
(قوله تجب دية مر وقيمة
عبد هذا اذا كان القاتل
واحدا وقتلها معا واستوت
قيمتها اما اذا كان القاتل
اثنين فيجب بعده واما
اذا قتلها الواحد على
التعاقب فعليه قيمة الاول
للمولى ودية الآخر لورثته
لان يقتل احدهما تعين
الآخر للعنف فتبين انه
قتله وهو حر واما لو قتلها
معا كان عليه قيمة ودية
حوان استوت القيمتان
وان اختلف فعليه نصف
قيمة كل واحد منهما ودية
حر لانا نتيقن انه قتل عبد
او حر او قتل الحر يوجب
الدية وليس احدهما بالولى

الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم
لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما
والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ
دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرثته فيقض منه
ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فهو جبه القصاص والعبد
يبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذى
ينزله اذا وارث له سواء فلا اشتباه فمن له الحق واذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت
الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبطل الفضل وعندهما
الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبدية
احدكما حر ثم شجا فادفع العنف على احدهما فارشهما للمولى) لان
العنف غير نازل في العين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق
الشجة (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق ان البيان
انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرفت وبعد الشجة بقى محلا للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا
محضا واحدا محررين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لاننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما
حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس بأى ثبوت العنف في المجهول لانه
لا يفتد فائدا وانما صحه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل
من المجهول الى المعلوم فينقدر بقدر الضرورة وهى في النفس دون
الاطراف فبقى مملوكا في حقها قال (ومن فقا عيني عبد فان شاء المولى
دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شى له من النقصان عند
ابى حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخفى ما نقصه وان شاء دفع

من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما ولان البيان فات حين قتلها وعند
موت البيان يشيع العنف فيهما كـ (قوله انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات
احدهما قبيل العنف فيه لا يصح عـ (قوله واظهار من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر
عليه لانه لا يجبر على انشاء العنف كـ

(قوله لسقوط اعتبارها في حق الذوات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذوات قصرا عليه سألنا ان لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذوات فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا كـ (قوله واذا كانت الخ اي ان اعتبارها في حق الذوات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها تسلك مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها كقيامها في الذوات وفواتها كفواتها في الذوات ولان اتلاف الاطراف كاتلاف الذوات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد الاتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمته الكل واذا بقيت قيمة الكل يقضى تلك الجنة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة عـ (قوله على الوجه الذي قلناه اي ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته كـ (قوله ان لا ينقسم الخ ولهذا لا ينوزع كمال الدية على الفات والباقي بل يكون كله بازاء الفات بان نقف عيني حريج كمال الدية ولا يسقط من الباقي شي لمصلحة الجنة حميده (قوله فصل في جنابة الخ لما ذكر باب جنابة المملوك والجنابة عليه قسم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هراط رتبة في اسم المملوكية وهو المدير وام الولد غير ان ام الولد احاط رتبة ايضا من المدير في ذلك الاسم حتى ان القاضي لوقضى بجواز بيعها (ولا لا ينفذ بخلاف المدير وهي انثى ايضا لانثوية والاختطاط في اسم اوجباتا غير ذكرها عن المدير عـ (قوله لما روى عن ابي عبيدة بن الجراح رضى الله عنه وكان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة وكان مكنى بمخضرم من الصحابة ولم يتكره عليه احد فعمل عمل الاجماع

٥١٥

العبد واخذ قيمته) وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجنة لانه يجعل الضمان مقابلا للفات فبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه ارفقا احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذوات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذوات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمته الكل فوجب ان يتملك الجنة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقام عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المنبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذوات فالآدمية غير موهدة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الغداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجنابة على المال ان تباع رقبته فيهما ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يملك الجنة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجنة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم (فصل في جنابة المدير وام الولد قال (واذا جنى المدير ارام السولد جنابة ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها) لما روى عن ابي عبيدة انه قضى بجنابة المدير على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجنابة بالتعديرا والاستيلاء من غير اختياره الغداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لاحق لولى الجنابة في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيسة

الولد غير ان ام الولد احاط رتبة ايضا من المدير في ذلك الاسم حتى ان القاضي لوقضى بجواز بيعها (ولا لا ينفذ بخلاف المدير وهي انثى ايضا لانثوية والاختطاط في اسم اوجباتا غير ذكرها عن المدير عـ (قوله لما روى عن ابي عبيدة بن الجراح رضى الله عنه وكان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة وكان مكنى بمخضرم من الصحابة ولم يتكره عليه احد فعمل عمل الاجماع

(قول) وينضار بهون بالمحصن الخ حتى لو قتل انسانا خطأ وقيمته ألف درهم فزادت قيمته حتى صارت ألفين وقتل آخر بعد ذلك خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفادرهم لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان ولولم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا لقيمته ألفين ثم إلى من هذين الألفين لولى القنيل الاوسط خاصة لان لولى الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهي ألف

درهم ولا حقه في الألف الثانية فيسلم ذلك لولى القنيل الاوسط خاصة وخمسمائة من الألف الاولى بين ولى القنيل الاول وبين الاوسط لأنه لاحق في هذه الخمسمائة لولى القنل الثالث وانما حقه في قيمته يسوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاوّل بضرب فيها للاوّل بعشرة آلاف وللأوسط بنسبة آلاف لأنه وصل اليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها للاخر بعشرة آلاف لأنه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب فيها للاوّل بعشرة آلاف الا ما اخذلناه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك كـ (قوله) فلا شيء عليه أى على المولى لأنه ما التزم أكثر من قيمة واحدة بجنابات

ولا تغيير بين الأقل والاكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاحتياره الأقل لامالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التغيير بين الدفع والغناء (وجنابات المدبر وان توالى لاتوجب الاقيمة واحدة) لأنه لا يمنع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك وينضار بهون بالمحصن فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في مال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جنابة اخرى وقد دفع المولى القيمة الى لولى الاول بقضاء فلا شيء عليه) لأنه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالى لولى بالمختيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع لولى الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقال الاثنى عشر على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا يبي حنيفة ان المولى جان بدفع حق لولى الجناية الثانية طوعا ودولى الاول ضامن بغض حقه ظمما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة محكما من وجه ولهذا يشارك لولى الجناية الاول ومتأخرة حكما من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقه فاجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق لولى الثانية عملا بالشبهين (واذا اعنف المولى المدبر وقد جنى جنابات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتناق من بعد عدمه بمنزلة (وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء مانع من الدفع كالتبدير (واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عنق اولم يعتق) لان موجب جنابة الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

(قال) ومن قطع يد عبدا ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان

وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء (قوله) ان شاء اتبع المولى أى يتصفى القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لأنه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (قوله) لابطاله الخ دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا حق لولى الجناية الثانية بالدفع الى الاول كـ (قوله) باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذه الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به عناية

(قوله ان الغصب البيع يعني ان الغصب من اسباب الملك لما عرف من مذهبنا ان المضمونات تملك عند اداء الضمان فاذا تغلغل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية كما لو تغلغل بينهما بيع واذا انقطع السراية صار كانه غصب عبد اقطع ومات عنده لامن القطع واما اذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد ضرورة الاستسلام عليه عند القطع الا ترى ان المشنري لو قطع يده المبيع قبل القبض يصير قابضا وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية فيبهر الغاصب عن الضمان كـ (قوله لانه سبب الملك الخ يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البديل على الغاصب بقضاء اورضاء لان السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب اما قبله فلان نص عليه في آخره من الجامع والباب الثاني من جنائياته الا انه ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم ينقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبهر عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المخصوص حقيقة ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لاحقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الغائب حقيقة وحكما ولم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فنقرر الضمان بخلاف مالوجنى (هـ)

٥١٢

كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لاشئ عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك باذنه سماوية فتذهب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى مثله فاصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبهر الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال (ومن غصب مديرا فجنى عنه جنائية ثم رده على المولى فجنى عنه جنائية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للغصب فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ مقعوم فيه ولم يمنع الارقية واحدة فلا يزداد على قيمتها وتكون بين ولي الجنائيتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البديل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابى حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البديل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاومه احد وانما انقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه لينم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنه جنائية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجنائية الثانية اذ كانت

ما يقطع السراية فيبهر الغاصب عن الضمان كـ (قوله لانه سبب الملك الخ يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البديل على الغاصب بقضاء اورضاء لان السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب اما قبله فلان نص عليه في آخره من الجامع والباب الثاني من جنائياته الا انه ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم ينقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبهر عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المخصوص حقيقة ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لاحقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الغائب حقيقة وحكما ولم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فنقرر الضمان بخلاف مالوجنى (هـ)

عليه بعد الغصب كـ (قوله من غير ان يصير الخ فان المولى لم يعلم وقت التدبير بجنائية تحدث من التدبير في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم الجنائية فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذلك اذ اع (قوله ولهما ان الخ والجواب عن قول محمد ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى هو ضامما اخذه ولي الجنائية الثانية دون الاولى فلا يجمع البديل والمبدل في ملك شخص واحد

(قوله وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر لما بينا واما عند محمد فانما يمنع الدفع الى ولي الجنابة الاولى في المسئلة الاولى كيلا يجتمع البذل والمبدل في ملك واحد على ما بينا وهو لا يلزم ذلك لان ما اخذه من الغاصب عرض مادفع الى ولي الجنابة الثانية فاذا دفعه الى الاولى لا يجتمع البدن لان في ملك واحد وفي الاول يجتمع لانه عرض ما اخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولي الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع زيلعي قوله ثم وضع اي محمد هذه ٥١٣ المسئلة في الجامع الصغير في العبد بعد ما وضعه في حق المدبر لان

كلنا المسئلتين مذكورتان في الجامع الصغير - ر كافي (قوله ويرجع به اي بذلك النصف الذي اعطى الى ولي الجنابة الاولى ن (قوله ويرجع به اي بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي الجنابة الاولى) (زيلعي (قوله ثم قبل الخ 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 الجنابة الاولى ما بقى من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجنابة الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة عن المولى اذا رجع على الغاصب قبل هذا هو الصحيح لان محمد اذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف كذا ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فعلى هذا يعتزج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله واما في هذه المسئلة فيمكن الخ نظرا فان الجنابة

هي في يد الغاصب في دفعه الى ولي الجنابة الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جنابة اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنابيتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة في دفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وانما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته في دفعه الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة (قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جنابة ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جنابة فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع ربة واحدة بالتدبير فوجب عليه قيمة واحدة ثم (يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنابيتين كانتا في يد الغاصب (في دفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجنابة عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجنابة الاولى ولا الى ولي الجنابة الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجنابة الاولى لان الجنابة الثانية كانت في يد المالك فلودفع اليه ثانيا يترك الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجنابة الثانية لمصاها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه (قال ومن غصب صبيا حرافات في يده فجاءه اويحيى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة جية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسن والقياس ان لا يضمن في الزوجين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى

ثانية وان حصلت في يد (جلد الثاني) (الهداية مع السكافيه) ٣٣ الغاصب لكن اخذ المولى منه منها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه ع (قوله ومن غصب صبيا فتذكر القصب في حق المرد وقع مجازا لان الغصب انما يتحقق في الاموال لا في الاحرار واراد به اذهاب الصبي بغير اذن وليه ن (قوله صبيا يريد به صبيا لا يعبر به عن نفسه لانه اذا كان يعبر عن نفسه عارضه بلسانه فلا يثبت يده حكما وهذا قد صار في يده فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في الاسرار كفاية

(قوله وقد ازال حفظ الخ اشارة الى الجواب عن المكاتب الصغير فان الكتابة اذا صنعت تثبت للمكاتب
فيكون في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا بخلاف الصغير الحرفانه في يد الولي الا ترى ان المكاتب الصغير
لا يزوج احد والصغير الحريز وجه وليه فعرفنا ان المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير وفيه لا يضمن قتلنا
ههنا واما حكم الحر الكبير فانه اذا غصبه انسان ونقله الى مكان فاصابه شيء من هذه العوارض ينظر ان
قيد الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرر عنه يضمن لان ٥١٤ * المغصوب مجبر عن حفظ نفسه بما
صنع فيه فيجب الضمان على
الغاصب وان لم يمنعه عن
حفظ نفسه لا يضمن لان
البالغ العاقل اذا لم يحفظ
نفسه مع امكانه كان التلق
مضافا الى تقصيره لا الى
الغاصب فلا يضمن كالماشى
اذا علم بالبئر ومشى
كذلك حتى وقع في البئر
يضمن الحافر شيئا بخلاف
الصغير فانه عاجز عن حفظ
نفسه عن اسباب التلق
كالماشى على البئر اذا لم
يعلم البئر كذا ذكره الامام
المجربى ك (قوله فعلى
عاقلته الدية اراد القيمة
وانما اثر لفظ الدية لانها
بازاء الادمية والقيمة بازاء
المالية والواجب في العبد
بازاء الادمية عند ابي حنيفة
وابي يوسف كافي (قوله وكما
اذا تلفه الخ يعنى انه يضمن
المناسى ولو كان التسليط
على الاستهلاك ثابتا
في حق الصبي المودع
ليثبت في حق غيره ايضا لان
المال الذى سلب على
استهلاكه بمنزلة المال
المباح وكل من اتلفه لا يجب
الضمان عليه ومعنى التسليط
تحويل يده في المال اليه ع (قوله حيث وضع المال الخ اذ عاده الصبيان اتلف المال لقلة نظرهم في عواقب
الامور فهو لما مكته من ذلك مع علمه بجاله صار كاذن له في الاتلاف كافي (قوله بخلاف البالغ والمأذون
يعنى لو اتلفا يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصع الايداع عندهما وبعد صحة الايداع
لو اتلف المودع الوديعة يضمن كفايه

انه لو كان مكاتب صغير الا يضمن مع انه حريدا فاذا كان الصغير حرا رقية
وبدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف
وهذا اتلاف تسببيا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا
لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو
متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة بتزل منزلة
العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او يجرى لان ذلك
لا يختلف باخذ لافى الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى
والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتل
تسببيا قال (واذا ادع صبي عبد افقظه فعلى عاقلته الدية وان كان ادع
طعما فاكله لم يضمن) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
والشافعى يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا ادع العبد المعجور
عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد
ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعى يؤاخذ به في الحال وعلى
هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع
الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتا
عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط
غير معتبر وفعلة معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه
فتجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير
الصبي في يد الصبي المودع ولا يبي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير
معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصاة
تثبت حقالة وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مائعة فلا
يبقى مستحقا للنظر الا اذا قام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة عنها
لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ
والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة

(عبدا)

(قوله لحقه العبد لا باهتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر بقيمته ولا ولاية الاستهلاك منى يمكن
غيره من الاستهلاك بالتسليط وليست للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما
لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك
ان يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط كـ (قوله لانه سقطت العصمة الخ اى المالك
بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي ٥١٥)

لا عن غيره وماله معصوم في
حق غيره كما كان لان التسليط
انما وجد في حق الصبي لافي
حق غيره فصار مال الوديعة
هنا بمنزلة من وجب عليه
القصاص في حق دمه فانه
غير معصوم الدم في حق من له
القصاص ومعصوم الدم في
حق غيره كما كان فان قيل
لو كان الايداع من الصبي
تسليطه على الاتلاف
يضمن الاب مال الوديعة
بتسليمه الى ابنه الصغير
ليحفظها لان التسليم اليه
تضع على هذا التقدير
والمردع يضمن بالتضع ومع
ذلك لا يضمن ههنا فعرنا انه
ليس بتسليط على الاتلاف
وكذا الاب اذا دفع مال
الصبي اليه لا يضمن اذا
تلف في يده ولو كان تضییعا
لذلك بالتسليط يضمن قلنا
انما لم يضمن الاب فيهما
لان يد من في عيال المودع
اذا كان اهلا لحفظ الوديعة
كيد المودع الا ترى انه يحفظ
مال نفسه بيد مثله فكذلك
يحفظ مال غيره بيده فكانت
يد الصبي كيد الاب من هذا

عبد الان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف
ما اذا تلفه غير الصبي لانه في يد الصبي سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي
الذى وضع في يده المال دون غيره قال (وان استهلك ما لضمن)
يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤخذ بافعاله وصحة القصد
لا تعتبر بها في محرق العباد والله اعلم

باب القسامة

قال (واذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خمسون رجلا
منهم بتغيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعي
اذا كان هناك لوث استخلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية
على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالكه يقضى
بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي
واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه
او ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير
عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل
مذهبه غير انه لا يكرر اليمين بل يردّها على الولي فان حلفوا لادبته عليهم
للمدعى في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب
على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على
المدعى اصله كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص
لا يجامعها والمال يجب معهما فلها وجبت الدية ولنا قوله صلى الله عليه
والله وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى
عليه وروى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة
وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين اظهروهم ولان اليمين حجة للرفع
دون الاستحقاق وحاجة لولى الى الاستحقاق ولها لا يستحق بيمينته

الوجه كـ (قوله بالله ما قتلناه الخ هذا على طريق ٣٣ الحكاية عن الجمع واما عند الحلف فيحلف كل
واحد منهم بالله ما قتلنا ولا يحلف بالله ما قتلنا الجواز ان يكون باشر القتل بنفسه فيجوز على يمينه بالله ما قتلنا
فان قيل يجوز انه قتل مع غيره فيجوز على يمينه بالله ما قتلنا كما في عكسه قلنا لا كذلك لانه اذا حلف بالله
ما قتلنا وكان مع غيره كان كاذبا في يمينه فان الجماعة منى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولها يجب
القصاص على كل واحد منهم في العمد والسكفارة في الخطاء كـ

(قوله فارولى ان لا يستحق الخ جواب عن احد قولى الشافعى وهو قول مالك انه يجب القصاص بيهبه
وكذلك على قوله الآخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس الا ان القصاص يسقط باعتبار الشبهة فيصار
الى الدية بدلا عن القصاص كـ) (قوله يفيد يمين الصالح على العلم لان صالحى اهل الملة اذا علموا
القاتل منهم اظهروه ولم يحلفوا كـ) (قوله لانه يمين وليس بشهادة يعزز بهذا التعليل عن اللعن
لانه شهادة والا على والمجود

فى القنف ليسامن اهل
الشهادة كـ) (قوله على
اهل الملة اى على عاقلة اهل
الملة وفى المبسوط انه
يقضى بالدية على عاقلة
اهل الملة فى ثلاث سنين
لان حالهم هذا دون حال من
ياشر القتل خطاء واذا
كانت الدية هناك على عاقلته
فى ثلاث سنين فهنا اولى
كـ) (قوله فى حديث عبد
الله الخ قصته ان عبد الله
بن سهل وعبد الرحمن بن
سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا
فى التجارة الى خيبر وتفرقوا
بعوائجهم فوجدوا عبد الله
بن سهل قتيلا فى قليب
من قلب خيبر يتشعث فى دمه
فجاؤا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ليخبر
وافراد عبد الرحمن وهو اخ
القتيل ان يتكلم فقال
عليه السلام الكبير الكبير
فتكلم احد عميه حويصة
ومحيصة وهو الاكبر منهما
واخبره بذلك قال عليه
السلام ومن قتله قالوا من
يقتله سوى اليهود قال
عليه السلام تبرئكم اليهود

المال الميتل فارولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتغيرهم
الولى اشارة الى ان خيار تعيين المحمين الى الولى لان اليمين حقه
والظاهر انه يختار من يثمه بالقتل او يختار صالحى اهل الملة لما ان تعززهم
عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين التناول
فان كانوا الايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ ما يفيد
يمين الصالح على العلم بابلغ ما يفيد يمين الصالح ولو اعتاروا على
او محمدا فى قنف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (فاذا حلفوا قضى
على اهل الملة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى لا تجب الدية
لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود
بايمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرأ للمدعى عليه لاملوما كافى سائر
الدعاوى ولنا ان النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث
ابن سهل وفى حديث زياد بن ابى مريم وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على
واحدة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص
والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجيب
الدية اذ انكروا بل شرعت ليظهر القصاص بتعززهم عن اليمين الكاذبة
فيقرروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل
الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين اظهرهم لا ينكولهم او وجبت
بتقصيرهم فى المحافظة كما فى القتل الخطأ (ومن اى منهم اليمين حبس حتى
يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه
وبين الدية بخلاف التناول فى الاموال لان اليمين يدل عن اصل حقه ولهذا
يسقط ببطل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببطل الدية هذا الذى ذكرنا
اذا ادعى الولى القتل على جميع اهل الملة وكذا اذا ادعى على البعض
لاباعيانهم والدعوى فى العمى او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي
ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك
الجواب يدل عليه اطلاق الجواب فى الكتاب وهكذا الجواب فى المبسوط

بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه السلام اتحلفون وتسحقون دم صاحبكم
فقالوا كيف نحلف على ما لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بما فى من اهل
الصدقة (قوله تبرئكم اليهود اى جعلكم اليهود برياء بايمانهم كانتهم اذا حلفوا حصل لهم البراءة منهم
فكانهم جعلوكم قائلين برئت اليكم اعظمى) (قوله وهكذا الجواب فى المبسوط يعنى اوجب القسامة والدية
فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه ع

(قوله فهو على اختلاف معنى في كتاب الدهوى بين ابي حنيفة وصاحبيه قال ومن ادعى قصاصا
على غيره فجعل استخلاف بالاجماع الى اخره) (قوله كررت الايمان عليهم لان تكرار اليمين مشروع
كأى كلمة اللعان كـ) (قوله لما روى ان عمر الخ روى عن ابن ابي شبة في مصنفه من ابي مليح ان
عمر بن الخطاب رد عليهم الايمان حتى وفوا وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سعيد بن المسيب ان
عمر بن الخطاب استخلف امرأة

﴿ ٥١٧ ﴾

خمسين يمينا على مولى
لها اصاب ثم جعل عليها
دية ت (قوله لما قضى
بالقسامة اى لما ارك القضاء
في القسامة وافي اليمين
اليه تسعة واربعون رجلا
قوله وافي جواب لسان
الموافاة بمعنى الرضا ومعه
معطوفا على قضى وجعل
وافي من الفئ بمعنى الرجوع
يستلزم دخول الفاء في جواب
لما وهو غير صحيح اعظم
(قوله وعن شريح والنخعي
الخ قلت حديث شريح رواه
ابن ابي شبة في مصنفه حدثنا
عبد الرحيم بن سليمان
عن اشعث عن ابن سيرين
بلغ عن شريح قال جاءت
قسامة فلم يوافقوا خمسين
فرد عليهم القسامة حتى
اوفوا انتهى وحديث
النخعي رواه عبد الرزاق
في مصنفه اخبرنا الثوري

وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية
من الباقيين من اهل المحلة ويقال للولى الك بيعة فان قال لا يستخلف المدعى
عليه على قتله يمينا واحدة وجهه ان القياس ياباه لاحتمال وجود القتل من
غيرهم وانما عرفت بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم
والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقى على اصل القياس وصار كما اذا
ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية
على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فوجهه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه
ليس فيه نص فلما اوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت
دادناه اذا كان له بيعة وان لم تكن استخلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة
لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب
الدعوى قال (وان لم تكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم)
خمس (ين) لما روى ان عمر رضى الله عنه لما قضى في القسامة وافي اليه تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي رضى الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب
بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العبد كاملا فاراد الولى ان يكرر
على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال
والاقامة على صبي ولا محنون (لانهم ليسا من اهل القول الصحيح
واليمين على اهلها قال (وان وجد يمينا لا اثر به فلا قسامة ولا دية)
واليمين قول صحيح قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهم ليسا من اهل النصرة
لانهم ليس يقتل اذا القتل في العرف من فانت حيوته بسبب مباشره
وهذا ميت حتى انفسه والفرامة تنبع فعل العبد والقسامة تنبع

من مفسرة عن ابراهيم قال اذا لم يبلغ القسامة كرروا حتى يجعلوا خمسين يمينات (قوله ثم فيه
استعظام الخ اى وان سلم لزوم بيان الفائدة في التكرار فالفائدة فيه استعظام امر الدم اعطى ع
(قوله الخفف بالفتح الموت ومات فلان حتى انفسه اى مات في الفراش بدون قتل وضرب وهرق
مرفق ش

(قوله) او دبره او ذكرك لم يذكرا الانف وحكمه حكم دبره وذكرك الغم مطلقا وقد قيل اذا
صعد من جوفه الى فيه فهو دليل واما ان نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره
فغير الاسلام في الزيادات ع (قوله) تنكر القسامتان والدينان قيل كان ينبغي ان يقول تنكر
القسام والدين بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدين مكررا وعبارة
الشارح تستلزم ان تكون

٥١٨

اكثر من القسامتين ويجوز ان يكون والدينين مراده القسامتان على القطعتين تنكران في خمسين نفسا ع (قوله) والمعنى ما اشرنا اليه وهو ان تكرار القسامة والدين في قتل واحد غير مشروع ك (قوله) لان الظاهر ان الخ ان قيل الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر ههنا لانه نفس من وجه ولا كذلك الاطراف لانها يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب القصاص والدية فيها مالم يعلم سلامتها واما الجنين فنفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب فالظاهر انه ينفصل حيا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود في المحلة وبه اثر الجراحة بحكم انه مقتول ويجب القسامة والدية اعتبارا للظاهر وان كان يحتمل انه مات من قبل ان ينفصل

احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بقتل من جهة الى عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرنا في الشهيد ولو وجد بين القتل او اكثر من نصف البدن او لنصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأيه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان اكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة ولاننا لو اعتبرنا تنكر القسامتان والدينان بمقابلة نفس واحدة ولاتنوالبيان والاصل فيه الموجود بالاول ان كان يحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لانجب فيه وان كان يحال لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجناسة في هذا

تنسحب على هذا الاصل لانها لا تنكر (ولو وجد فيهم جنسين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة) لانه لا يفرق الكبير هالا (وان كان به اثر الضرب وهونام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه ينفصل ميتا لا حيا قال (واذا وجد القتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها (فان اجتمعوا فعليهم) لان القتل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين قرنين وعليها قتل فهو على اقربيه) لما روي ان النبي عليه السلام اتى بقتيل وجد بين قرنين فامر ان يترع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتل الذي

واجب القسامة والدية اعتبارا للظاهر وان كان يحتمل انه مات من قبل ان ينفصل ناقصا اعتبرنا فيه جهة العضو ولم نوجب الدية التي لها خطر اذ لا يتقن بانفصاله حيا ولا ظاهر بشهد بذلك ك (قوله) على عاقلته اي عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة او غير مالكا ن (قوله) لما روي الخ قلت رواه ابو داود الطيالسي واسحق بن راهويه والبراق مسانيدهم والبيهقي في سنن (قوله) وعن عمر الخ قلت رواه ابن ابي شيبة في مصنفه

(قوله) فالقسامة عليه لان الدار في يده فصار صاحب الدار مع اهل المجلة بمنزلة اهل المجلة مع اهل المصر فلما لم يتدخل اهل المصر مع المجلة كذلك لا يتدخل اهل المجلة مع صاحب الدار في القسامة هكذا في خروج الاطعم ك (قوله) لان الدار في يده وهذا اذا كان العاقلة غيبا توفيقا بينه وبين مايجي من قوله والقسامة على رب الدار وعلى قومه الخ او هذا جواب الاستحسان حميدية (قوله) ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك يعني

٥١٩

اذا كان في المجلة سبكان وملاك ك (قوله) وقال ابو يوسف وهذا قوله الآخر وكان قوله الاول كقولهما ثم رجع الى هذا القول وهو قول ابن ابي ليلى ن (قوله) دون السكان لان السكان ينتقلون في كل وقت من محلة الى محلة دون اصحاب الملك ن (قوله) وهو على اهل الحطة اي اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط الخطمين انصباهم ك (قوله) الحطة هو المكان المختلط لبناء دار وغير ذلك من العمارات ن (قوله) هو المتعارف فان قلت ما الفرق لهما بين المجلة والدار لو كان مشتريا وصاحب خط ووجه القتل فيها فهما متساويان في القسامة والدية ولا فرق بينهما بالاجماع وفي حق المجلة فرق بينهما قلت الفارق بينهما العرف فان في العرف ان المشتري من قتلنا يزاومون اصحاب

وحيث بين وادعة واجب كذب بان يقيس بين قرينتين فوجد القليل الى وادعة اقرب فقص عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهل الصوت لانه اذا كان بهته الصفة بلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال (واذا وجد القليل في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة) وهو قول محمد (وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كانتكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لاسكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الحراج قال (وهو على اهل الحطة دون المشترين) وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ من له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيها مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استنوا فيه ولهما ان صاحب الحطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقبل ابي حنيفة رهبنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقى واحد منهم كذلك) يعني من اهل الحطة لما بينا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم ليزوال من يفتدhem او يزاومهم (واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار خص

الحطة في التدبير والقيام بحفظ المجلة وليس حق الدار كذلك ن (قوله) على ما شاهد بالكوفة في زمانه وهو ان اصحاب الحطة في كل محله هم الذين يقومون بتدبير المجلة ولا يشاركون المشترين في ذلك فنبى الجواب على ما شاهد ن (قوله) لما بينا اشارة الى قوله صاحب الحطة هو المختص او هو قوله لانه اصيل والمشتري دخيل ع

(قوله بمنزلة الشفعة فانما على يده الرأس لا على قدر الانصاء عندنا كـ) (قوله وقال الخ حاسل الاختلاف ان ابا حنيفة اعتبر اليد وما اعتبره الملك وهذا الاختلاف بيننا وبينهم يعلم ما اجمعا على ان وجوب الضمان عند وجود القليل بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ فبعد ذلك قال ابو يوسف ومحمد ولاية الحفظ تستفاد بالملك فيعتبر الملك وابو حنيفة بقول حقيقة القدرة تثبت باليد الا ان الملك سبب اليد فاذا كان الملك لاحدهما واليد

لاخر كان اعتبار اليد اولى
ن (قوله وله) - فا كانت
الدبة اى يكون ولاية
الحفظ تستفاد بالملك كانت
الدبة في هذا الموضع على
عاقلة صاحب الدار دون
السودع لعدم ملكه
وان كان له يدع (قوله كما
في صدقة الفطر بان باع
العبد بالخيار فصدقة الفطر
على من تقرر له الملك
(قوله وله ان القدرة الخ
ولم يذكر الجواب ان فصل
الرديعة المستشهد به لانه
قد اورد في دليله وذلك
لانه قال ان القدرة على
الحفظ باليد اطلق اليد
والمطلق ينصرف الى الكامل
في اليد اى اصاله ويد
المودع ليست كذلك
وكذلك المستعير والمستأجر
قبل ما الفرق لابي حنيفة
بين الجناية وصفة الفطر
فانه يعتبر فيه الملك
في الثانية دون الاولى
فالجواب ان صدقة الفطر
مؤنة الملك فكانت على
المالك والجنائية موجبة
للضمان بترك الحفظ والحفظ

بهم غيره فلا يشاركه غيره فيها كامل العاقلة لا يشاركهم فيها عواقلهم
ولهما ان الحضور لومتهم نصرة البقرة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه
في القسامة قال (فان وجد القليل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها
لرجل لاخر مابقى فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يترام
صاحب الكثير في التدبير فكانوا سوا في الحفظ والتقصير فيكون على عدد
الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها
قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة
النس في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالوا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة النسي تصير له) لانه انما انزل
قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا كانت الدبة على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشر وطفيه الخيار يعتبر
قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد بالملك الا يرى
انه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات
اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه
دون البات ولو كان البيع في يد المشتري والخيار له فهو اخس الناس به
تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب
فنعقب يده اليها يقتدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تغفر العاقلة حتى تشهد الشهود انها للنس في يده) لانه لا بد
من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا
على الملك ولكنها علة فلا تكفى لاجاب الدبة على العاقلة كما لا تكفى
لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البيعة قال
(وان وجد قتيلا في سقينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين)
لانهما في ايديهم واللفظ يشتمل اربابها حتى تجب على الارباب اللذين

انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل ع (قوله حتى تشهد

(فيها)
الشهود الخ يعنى اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي رديعة في يده وهذا لما
عرف ان الظاهر حجة للرفع ولا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب اثباته بالبيعة ولا يلزم
ان ابا حنيفة يعتبر اليد في استحقاق الدبة كما ذكرنا آنفا لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد ولم
تثبت ههنا يد المالك الا بالبيعة كـ

(قوله وعلى السكان وذكر شيخ الاسلام قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذا لم يكن للسفينة مالك معروف فان كان فالقسامة عليه كـ (قوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روى عن ابي يوسف ان السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر واماعلى قول ابي حنيفة ومحمد فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب عـ) (قوله ظاهر لانه يجعل السكان والملاك في القنيل الموجود في المحلة سواء فكذا في القنيل الموجود

٥٢١

فيها وعلى السكان وكذا على من يملكه او المالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روى عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحمل فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد الجامع او الشارع على اهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للمعاملة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور للمعاملة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مهورون فلا يتنا صرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا هذه فريضة المالك والسكان وهي مختلفة فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف قال (وان وجد في بركة ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغرث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحدا ما اذا كانت فالدية والقسامة على عائلته (وان وجد بين قريتين كان على اقربهما) وقدينا (وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس في يد احد ولا في ملكه (وان كان محتسبا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالوضع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه لا ترى انهم يستقرون منه الماء ويوردون به اقدامهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق

في السفينة واما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير في المحلة الى الملاك دون السكان وفي السفينة انهم في تدبيرها سواء اذا احدهم امر كافي (قوله فيعتبر فيهما اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما ان المعتبر في القتل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذا في القنيل الموجود في السفينة وهم في اليد عليهما سواء كـ (قوله ارالشارع الاعظم في المغرب الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الاسناد المجازي او هو من قولهم شرع الطريق اي تبين كـ (قوله فلا قسامة لان المقصود بالقسامة نفس تومة القتل وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين كـ (قوله فعلى بيت المال قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائبا عن المجال اما الاسواق التي تكون في الحال فهي محفوظة يحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا

في السوق الثاني اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه او يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير عـ (قوله وقدينا يعني في مسألة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل عـ) (قوله على التفسير الذي تقدم ادا به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهل الصوت عـ

(قوله) وقد ذكرناه وفيه القياس الخ هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وههنا قال وقد ذكرناه فلهذا رحمه الله تعالى توهم انه ذكره وقيل في بعض النسخ ذكره ثمة فعلى هذا يستقيم قوله وقد ذكرناه كـ (قوله) سقطت عنهم اى سقطت القسامة والدية ويعطف المصطفى عليه يميننا واحدا نـ (قوله) قد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المجلة عـ (قوله) لا ينافي الخ فان الشارع اوجب القسامة ابتداء على اهل المجلة فتعينه واحدا منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداء وفي المبسوط وان ادعى اهل القتل على بعض اهل المجلة الذين وجد القتل بين اظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا او خطأ لم يبطل بهذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهوان القاتل واحد من اهل المجلة لسنا لانعلم ذلك حقيقة وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذالم يسقط بهذه الدعوى شيئا لا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على اهل المجلة كـ (قوله) امتنع دعواه عليهم للنناقض لانه لما ادعى على غير اهل المجلة فقد ابرء اهل المجلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على اهل المجلة للنناقض كذا في المبسوط كـ (قوله) فهو على اهل المجلة قال الفقيه ابو جعفر

٥٢٢

به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على واحد من اهل المجلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المجلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال (وذا التقى قسم بالسبوق فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المجلة) لان القتل بين اظههم والحفظ عليهم (الا ان يدعى الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المجلة شئ) لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المجلة عن القسامة قال (ولا على اولئك حتى يقيموا البيينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي روينا اما يسقط به الحق عن اهل المجلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لملك لاحد فيها) فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة (وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاغبية اعتبار الليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر ان العدو قتله فكان هذرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستحلف قتله فلان استخلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيجاءى على ما ذكرنا لانه لما اقرب بالقتل على

(واحد)

في كشف الغوامض وهذا اذا كان الفريقان متأولين اقتتلوا غلبة فان كانوا مشركين او خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو كـ (قوله) فعلى اقرب الاغبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا محتلمين فالدية والقسامة عليهم ع

(قوله صار الخ أي غاية ما في الباب انه صار مستثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان فيحلف على انه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان ع) (قوله وعلى الاصلين يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم يقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضة ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضة فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو حنيفة جعل

٥٢٣

واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه يحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند ابي حنيفة وقالوا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي لاقتل على غيرهم فنقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للنقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة المخصوص كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبله اثم شهد قال وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعيته فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان منهما وعن ابويوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال (من جرح في قبيلة فنقل الى اهلها فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابويوسف لاقسامة ولا دية) لان السدى حصل في القبيلة او المحلة مادون النفس لاقسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتيلا وله ان واجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو ان رجلا معه جريح به رفق حمله انسان الى اهله فمكث يوما ويومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسألة قبيلة (ولو وجب الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابويوسف ومحمد وزفر لاشئ فيه) لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه

مانحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القنيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لما تبين ان هذا السبب لم يكن ذلك خروجا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونوا خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضة فنقبل شهادتهم ع (قوله يتخرج الخ اما على الاصل الاول فمسئلة الركيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كامر والوصى في حقوق اليتيم خاصم اولم يخاصم واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهد اعلى المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل لانهما ما صاروا خصمين بل صارا بعرضة ذلك ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب لصيرورتهما خصمين مل

(قوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسألة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعيته في بيان الفرق بقوله وان جرح القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر ع (قوله ومن جرح يعني ولم يعلم الجراح لانه لو علم سقط القسامة قبل فيه القصاص على الجراح ان كان عمدا الدية على العاقلة اذا كان خطأ ع

(قوله وله ان القسامة الخ اعلم انه رحمه الله وضع قبل ذلك الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة راجع
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 تنقضي بمن
يعلم بحال القنيل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا
على قتله فقتلوه في داره فيكون
ثم من يعلم بحاله واختاره
المصنف واكتفى بذكرها
في الدليل عن ذكر الدية
لان وجوبها يستلزم وجوب
الدية ع (قوله كما اذا وجد
قتيل في حلة يعني ان توهم
قتل نفسه فيه موجود ولم
يعتبر ههنا فكذلك ههنا
ع (قوله لانا انزلناها الخ
اي انها نزلت قاتلة
تقدير احيث دخلت
في القسامة فكما دخلت فيها
دخلت في الدية ايضا بخلاف
غيرها من الصور فانها لا تدخل
في القسامة بل تجب على
الرجال فلا تدخل في العقل
ايضا ع (قوله يشارك
العاقلة لانه حيث وجبت
الدية على غير المباشرة فعلى
المباشرة ان يجب جزء
منها جمع الانهر (قوله لانه
احق الخ لان المفظ والنسب
في الارض الى صاحب
الارض لا الى اهل القرية
ع (قوله كتاب المعاقل
المعاقل جمع معقلة كالمفاخر
جمع مفخرة من عقل يعقل
عقلا وعقولا ولما كان موجبا
القتل الخطاء وما في معناه

٥٢٤

فيكون هذا رادله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المسكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال
ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيه مردمة
(ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مقتولا
قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل
انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا يبيح
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيلا
في حمة (ولو وجد قنيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد
عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل
اليها في النسب وقال ابو يوسف رة القسامة على العاقلة ايضا) لان
القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها
فاشبهت الصبي ولما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة تنحقق
قال المناخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا
انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في ارض
رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على
صاحب الارض) لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل السماء
من ان تسفك اي تمسك قال (والدية في شبه العمى والخطا وكل دية
تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني يؤدون
العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله
عليه السلام في حديث حماد بن مالك للاولياء قوموا فدروه ولان النفس
محمومة لا وجه الى الاهدار والمخاطى معتدور وكذا الذي تولى شبه العمى نظرا

الدية على العاقلة فلم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها في هذا الكتاب مع الانهر (قوله تجب
بنفس القتل اي ابتداء وقولنا ابتداء احتراز عما يجب الدية على القاتل في القتل العمى بسبب
الصالح وبسبب الابرة هي في مال القاتل لاعلى العاقلة ن

(قوله لانما انما قصر الخ لان مثل هذا الفعل لا يكون الا بقلة مهالة وتقصير في النجرز وذا انما يكون بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة اعوانه وانصاره وانما بنصرة عاقلته فمقصوده كـ (قوله لقوة فيه اى قصر الضارب في ترك التثبت والتوقي باعتبار انه يتضرر بالعاقلة فلاجل ذلك ترك المبالغة في النظر وقت الرمي فيجب على العاقلة حمديه (قوله اهل الديوان الخ الديوان الجريمة من دون الكتف اذا سمعها لانما قطع من القراطيس ٥٢٥ مجموعة ويروى ان عمر رضى الله عنه اول من دون

الدواوين اى رتب الجرائد
للولاة والقضاة ويقال فلان
من اهل الديوان اى ممن
اثبت اسمه فى الجريدة ع
(قوله من عطايهم العطا
اسم ما يعطى والجمع اعطية
والعطايا جمع عطية وهو
بمعنى العطاء ع (قوله لانه
كان ذلك الخ حدثنا وكيع
حدثنا ابن ابى ليلى عن
الشعبى قال جعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عقل
قريش على قريش وعقل
الانصار على الانصار
انتهى (قوله فانه لما
دون الخ حدثنا عبد الرميم
بن سليمان عن اشعث عن
الشعبى وعن الحكم عن
ابراهيم قال اول من فرض
العطاء عمر بن الخطاب
وفرض فيه الية كاملة
فى ثلاث سنين وروى
عبد الرزاق فى مصنفه
عن عمر انه جعل الية
فى الاعطية فى ثلاث
سنين وفى لفظ انه قضى

الى الالة فلاوجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم
اجافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا
للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم
العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة
اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث
سنين) واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اسماهم
في الديوان وهذا ههنا وقال الشافعي ربه الدية على اهل العشيرة لانه
كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه
صلة الاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضى الله عنه لما دون الدواوين
جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمعصر من الصحابة من غير
تكبر منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان
على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعدو
وفي عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله
اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصروهم بالحرى فعاقلتهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها
فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير
ثلاث سنين مردي عن النبي عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله
عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة
واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذت منها)
لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد
القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت
بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على مانبين ان شاء
الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في
المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع
الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان

بالدية في ثلاث سنين في كل سنة ثلث على اهل الديوان في عطياتهم ت (قوله ولان الاخذ الخ تفسيره ان الدية فرضت في عطية في كل عطية يخرج له ثلث الدية فيكون جميع الدية مغروضا في ثلث عطيات مؤجلا بثلاث سنين فتأجلت الدية بثلاث سنين ضرورة مل (قوله في اكثر مثل ان يخرج عطياتهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية ع

(قوله في ثلث الخ اى الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا او انقلب القصاص بالشبهة مالا يلقى (قوله ان القياس بأباه اى القياس بأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه لان القياس من مجع الشرع وهى لا تنافض والشرع ورد به اى بايجاب المال مؤجلا في الخطاء فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا واجب بالقتل ابتداء ﴿ ٥٢٦ ﴾

والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها (قوله لان الواجب الاصلى المثل لان الضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول المحقق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته اى من وقت القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لمكن في الحكم جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضم المغرور وشيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما تبين (قوله وهذا اى قول القدورى لا يزداد الواحد على اربعة دراهم

الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعى ما وجب على القاتل في ماله فهو مال لان التأجيل للتخفيف لتجمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للعجز بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المغرور قال (ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعبرة في التعاقل قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى في مختصره وهذا اشارة الى انه يزداد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهما او درهما وثلث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تنسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل) معناه نسبا لكل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدغلون لغربهم وقيل لا يدغلون لان الضم لنفى المخرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثررون وعلى هذا حكم الرايات اذالم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعنى اقربهم نصرة اذا حربهم امر الاقرب فالاقرب ويفوز ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعى يجب على كل واحد نصف

(دينار)

في كل سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزداد على اربعة من جميع الدية فاذا اخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة او اربعة دراهم من ثلث الدية كان من جميع الدية تسعة او اثني عشر وليس كذلك فان محمدا نص على انه الخ

(قوله) فيسوي بين الكل يعني الالباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المرواة
ع (قوله) ولكننا نقول الخ اي لنا ان الالباب عليهم للتخفيف على القائل وذافي القليل دون الكثير
وهذه صلة واجبة امر وابدائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص
من ذلك الا ترى انها لا تجب في اصول اموالهم وانما تجب فيما هو صلة وهو العطاء تحقيقا للتخفيف
ك (قوله) اصحاب الرزق الخ ٥٢٧

قيل الفرق بين العطية
والرزق ان العطية ما يفرض
للمقاتل والرزق ما يجعل
للفقراء المسلمين اذالم
يكونوا مقاتلة ع (قوله)
وادخل القائل الخ اي اذا كان
من اهل العطاء في الديوان
واما اذا لم يكن من اهل
العطاء فلا يجب عليهم شئ
من الدية عندنا ايضا ك
(قوله) اعتبارا للجزء بالكل
لان الكل لا يجب عليه فكذا
البعض اذ الجزء لا يخالف
البعض زيلعي (قوله)
لا شئ عليهم هذا يخالف
ما ذكر قبيل المعاقلة
من اختيار المتأخرين ان
المرأة تدخل في التجهل
مع العاقلة الا ان ذلك ليس
باصل الرواية وانما
هو اختيار بعض المتأخرين
وما ذكرهنا هو اختيار
الطحاوي وهو الاصح وهو اصل
رواية محمد ك (قوله)
والغرض لهما الخ جواب
عما يقال فرض الامام للنساء

دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك اذ خمسة
درهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي اخط رتبة منها الا ترى انه
لا يؤخذ من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
(ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلاث
سنتين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه
اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل
سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج
في كل سنة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سمس الدية وان كان
يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بعصته من الشهر حتى يكون
المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر
اغتم رزق ذلك الشهر بعصته الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل
شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه
ايسر اما لان الاعطية اكثر لان الرزق لكفاية الوقت فينعسر الاداء منه
والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال
(وادخل القائل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كالمدهم) لانه هو الفاعل
فلا معنى لاجراجه ومواخنة غيره وقال الشافعي لا يجب على القائل
شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفس عنه والجامع كونه معذورا
فلنا ايجاب الكل احجاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا
فالبرئ منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى (وليس على النساء
والفرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر ررض لا يعقل مع العاقلة
صبي ولا امرأة ولان ان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته
والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو
خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القائل صبيا وامراة لا شئ
عليهما من الدية بخلاف الرجل لان لا وجوب جزء من الدية على القائل باعتبار
انه احد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء

الغزاة ودرجاتهم من العطاء والعطاء اما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل
لغيرهم فكذا النساء عنايه (العطاء ما فرض لانسان في بيت المال كل سنة لا بقدر الحاجة بل بصره
وعنايه والرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة او مياومة كذا في الدر
المختار وغيره وفي نتائج الافكار ناقلا من المغرب ان العطاء ما يخرج للمجندي من بيت المال في السنة
مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر

(قوله للمعونة الخ اى العطاء انما يدفع للنساء والصبيان في الديوان باعتبار المعونة لاعتبار النصرة اى باعتبار معونة الامام للصبي والمرأة كـ (قوله ولا يغصون به الخ اى لا يغصون بالنصرة اهل العطاء فقط بل ينصرون اهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكن ذاقريبا لهم لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا كان قريبا لهم زيلعى (قوله وصار نظير الخ اى صار كصغيرة لها وليان احدهما

﴿ ٥٢٨ ﴾

للمعونة لالنصرة كقرض ازواج النبي عليه السلام ورضى الله عنهم (ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر) يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان العناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر (ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم) لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حربهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة) لانه يستنصر باهل ديوانه لاجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعامل (ومن جن جنابة من اهل مصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يتنبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل مصر ولا يغصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل مصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدرى فازلا في المصر لاسكن له فيه لا يعقله اهل مصر) لان اهل العطاء لا ينصرون من لاسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل مصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم (وان كان لاهل النمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فدينه على عاقلته بمنزلة المسلم) لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى العناصر موجود في حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب

اقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها وههنا اهل مصر اقرب مكانا فكانوا اقدر على النصرة من اهل البادية وان كانوا اقرب نسبا ع (قوله لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار كحد السرقة والغنى والقصاص ووجوب الدية ن (قوله فالدية في ماله اى لاهل بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين السننى والمسلمين لانقطاع الولاية بينهما بخلاف المسلم فان دينه على بيت المال ان لم يوجد عاقلة ع (قوله كما في حق المسلم اى تجب الدية في مال المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية يجب في بيت المال وفي المبسوط فرق بين المسلم والنسب فان الجاني اذا كان مسلما ولا عاقلة له فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية ولا يجب في مال الجاني والفرق ان العقل انما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة ومنى لم

(على)

يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة المسلمين اهل نصرته فامكننا ايجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة بخلاف النمس فان جماعة المسلمين ليس من اهل نصرته فالولاية بيننا وبينهم منقطعة فتعذر ايجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله كـ

(قوله لان الكفر ملة واحدة اى فى انه اغراض عن الحق واتباع الرسول وهذا اذا كان من ديانتهم ان العاقلة يتعملون عن القاتل اما اذا لم يدبوا بذلك يكون فى مال القاتل ك (قوله لانقطاع التناصر لان التعاقل يمتنى على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة ع (قوله وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة اى فى هذه الحالة ك (قوله وكذا الوجوب على القاتل النكته الاولى انماهى من حيث النظر الى الواجب والثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب والحاصل ان النظر الى الوجوب اولى محل الوجوب يقتضى ان يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية ك (قوله بخلاف ما اذا قلت الخ يتعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء اى لا يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضى قضى بدينته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة حيث يضم اليهم اقرب القبائل فى النسب وان كان بعد القضاء مع انه فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان فى ضم اقرب القبائل اليهم تقريراً للحكم الاول لا ابطالاً له

على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه فى ماله بمنزلة تاجر يدين مسلمين فى دار الحرب فقتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه فى ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتعاضدون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى ان لا يتعاضدوا بعضهم عن بعض وهذا كذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فعول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضى فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتنجم عنه عاقلته واذا كان كذلك يعتدل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تنقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصه القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاءه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل فى النسب لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكناً بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوى اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم فى اموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث

(قوله) لكن يقضى ذلك اى الابل من مال العطاء بان يشتري الابل من مال العطاء لك (قوله) ومولى المولاة الخ ويعقل من مولى المولاة مولاة وقبيلته ومولى المولاة هو الحليف فيعقل عنه مولاة التى عاقده وعاقلته وهو المراد بقوله وقبيلته اى قبيلة مولاة التى عاقده لان العرب يتناصر به فاشبهه بلاء العناقة زيلعى (قوله) ولا تعقل العاقلة الخ فيه اشكال وهو ان من قتل عبدا غير فظاء وقيمه اقل من ارش الموضحة فان العاقلة تتحمل

٥٣٥

الا ان الجواب عنه ان المراد منه فيما دون النفس فاما فى النفس فالنفس ورد بوجود الدية على العاقلة وهذا دية لان القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر كـ (قوله) ولا عبدا اختلفوا فى تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عبدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه يقتل العبد حرافليس على عاقلة مولاة شىء من جنابة عبده انما جنابيته فى رقبتنه اى يدفعه الى المجنسى عليه اويغديه ثم قال هذا قول ابى حنيفة وقال ابن ابى ليلى انما معناه ان يكون العبد مجنبا عليه يقتله حر فليس على عاقلة الجاني شىء انما ثمنه فى ماله خاصة وصوبه الاصعب وقال لو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا وقيل ان ما قال ابو حنيفة

تصير الدية فى عطياتهم وان كان قضى بها اول مرة فى اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى اموالهم وعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء درهم فعينئذ لا تتحول الى الدراهم ابد المافيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاة) لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى المولاة يعقل عنه مولاة وقبيلته) لانه بلاء يتناصر به فاشبهه بلاء العناقة وفيه خلاف الشافعى وقدمر فى كتاب الولاء قال (ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنه موقفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عبدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاحجاني والاحجاني فى القليل وانما هو فى الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع حال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجاني) والقياس فيه النسوبة بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى او النسوبة فى ان لا يجب على العاقلة شىء الا ان اتركناه بما روينا وبما روى انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر فى الدييات فما دونه يهلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتجكميم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجاني اخذا بالقياس قال (ولا تعقل العاقلة جنابة العبد ولا ما يلزم بالصلح او باعتراف الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزم ان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا ان يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم

(ولاية)

مناسب لسياق الحديث وهو قوله

عبدا ولا صلحا ولا اعترافا فان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف تدبر مل (قوله) لا يلزم ان العاقلة الخ الا ان فى الاقرار يجب الدية فى ثلاث سنين وفى الصلح عن العمد يجب المال مالا الا اذا شرط الاجل فى الصلح فيكون مؤجلا عنايه

(قوله اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بما كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية
انما يجب بقضاء القاضى فهذا اولى ع (قوله ولم يكن عليه شىء فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه
وقد تحول بزمه الى العاقلة بقضاء القاضى فاذا تولى على العاقلة بجهودهم عاد الدين الى ذمة المعيل اجيب
بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دين الدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت

﴿ ٥٣١ ﴾

صيانة لدم الميت - ول عن
الهدر فبعد ما تقرر على
العاقلة بقضاء القاضى
لا يتحول عنه بجمال سراء
استوفى من العاقلة او لم
يستوفى عنايه (قوله حجة
في حقهما لان احدهما صادقين
ولى القتل ومن زعمه ان الدية
انما وجبت لاعلى المقر
فاقراره حجة على نفسه ع
(قوله بخلاف الاول اراد به
قوله والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة فيفهم
من هذا انه يلزم موجب
الاقرار فى مال المقر وانما
وجبت الدية هناك فى مال
المقر لان هناك لم يوجد
تصادقها بقضاء الدية على
العاقلة فيجب فى مال المقر
ضرورة وفى المبسوط فى قوله
ولم يكن عليه شىء اى على
المقر شىء فى ماله لانهما
تصادقا ان الواجب بقضاء
القاضى تقرر على العاقلة
وبعد ما تقرر على العاقلة لا
يبقى عليه وتصادقهما حجة
في حقهما بخلاف الاول فهناك
السبب الموجب للدية على
العاقلة وهو قضاء القاضى
لم يوجد اصلا فيقتضى بها

ولاية على انفسهم (ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضى الا بعد سنين
قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التساويل
من وقت القضاء فى الثابت بالبينة وفى الثابت بالاقرار اولى (ولو تصادق
القاتل وولى الجناية على ان قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة
بالبينة وكتبهما العاقلة فلا شىء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة
عليهم (ولم يكن عليه شىء فى ماله) لان الدية بتصادقهما تقرر على العاقلة
بالقضاء وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم
فعينئذ يلزمه بقدر حصته لانه فى حق حصته مقر على نفسه وفى حق العاقلة
مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لانه
بدل النفس ما عرف من اصلنا وفى احد قولى الشافعى تجب فى ماله لانه بدل
المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتجمل
العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفى احد قولىه تتجمله
العاقلة كما فى الحر وقدر من قبل قال اصحابنا راء ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية فى بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص
من بعض بذلك ولهذا لومات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من
الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية فى ماله
ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتسلاف
منه الا ان العاقلة تتجملها تحقيقا للتخفيف على مامر فاذا لم يكن له عاقلة
عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعة تعقله عاقلة امه) لان نسبه ثابت منها
دون الاب (فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت
على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام
على عاقلة الاب) لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند
الاكتساب ظهر ان النصب لم يزل كان ثابتا من الاب ميث بطل اللعان

فى مال المقر ع (قوله الا ان يكون الخ * ٣٤ وبهذا تبين ان القاتل انما يكون احد العواقل ههنا
اذا كان له عطاء فى الديوانك (قوله فى بيت المال هذا اذا كان القتل مسلما ما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية
فى ماله لاقى بيت المال ك (قوله ان الدية فى ماله وفى فتاوى قاضى خان روى محمد عن ابي يوسف ان من لا عاقلة
له اذا قتل رجلا خطا فان دية القاتل تكون فى مال الجاني كفايه

(قوله ومتى ظهر من الاصل اى متى ظهر ان النسب كان ثابتا منه من الاصل زيلعى (قوله لانهم مضطرون في ذلك حيث تعملوا بالزام القاضى وهذا نفى لجهة التبرع كفايه (قوله فيرجعون اى ان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حيوته فنبين انه كان للولد الولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنائته على موالى ابيه فلذلك يرجعون على مولى الاب ع (قوله

﴿ ٥٣٢ ﴾

بالاكتاف ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء له ولده فلم يود كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فينبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الامر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق النيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة واصل الذى تخرج عليه ان يقال حال الغائل اذا تبدل حكمها فانقل ولاؤه الى ولأه بسبب امر حادث لم تنتقل جنائته عن الاولى قضى بها اولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها ولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلعقها زيادة ونقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعد الا فيما سبق ادأوه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التفرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب الوصايا ﴾

باب في صفة الوصاية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) والقياس يابى جوازها لانه تملك مضاف الى حال زوال

فانتقل الخ صورته اذا تزوج عهد بمعنة قوم فولدت منه اولادا يكون ولأه الاولاد لوالى الام فاذا اجنى الولد فالجناية على عاقلة الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب جر ولأه الولد الى نفسه بسبب حادث وهو العتق فلا ينتقل جنائته ك (قوله حولت الجناية الخ يعنى اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يثبت منه نسبه ورجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب ك (قوله ولكن العاقلة الخ نظيره ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته متى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف ايضا ك (قوله (مال كينه)

كتاب الوصايا لا يخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب لان آخر احوال الادب في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنائيات والديات اذا الجناية قد تنفص الى الموت الذى وقته وقت الوصية مجمع الانهر

قوله وخاف البهات اراد بالبهات الهلاك والموت والبهات اسم بمعنى التبييت وهو ان باقى العبد وليلا
عن (قوله ومثله في الاجارة بيناه يعني كما ان الوصية لا تجوز في القياس وتجوز
في الاستحسان وكذلك الاجارة لا تجوز في القياس لانها تملك منفعة معدومة ولكنها جوزت استحسانا دفعا
لحاجة الناس عن (قوله وهو قول النبي الخ اخرج ابن ماجه في سننه عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان الله تصديق

٥٣٣

عليكم عند وفاتكم بثلاث
اموالكم في اعمالكم ت
(قوله لماروينا اشارة الى
قوله عليه الصلوة والسلام
بثلاث اموالكم من غير
تقييد باجازه ع (قوله
وسنبين ماهو الا فضل فيه
اي في الوصية اوفي قدر
الوصية و اشار بذلك الى
ما بعد ورقة بقوله ويستحب
ان يوصى الانسان بدون
الثلاث عن (قوله لقول
النبي صلى الله عليه وسلم
الخ روى محمد بن الحسن
في كتاب الآثار قال اخبرنا
ابو حنيفة قال حدثنا عطاء
بن السائب عن ابيه عن
عن سعد بن ابي وقاص قال
دخل النبي صلى الله عليه
وسلم يعودني قال فقلت
يا رسول الله اوصني بمالي
كله قال لا فقلت فبالنصف
قال لا فقلت فبالثلث قال
الثلث والذات كثير لا تدع
اهلك ينكفون الناس
وفي رواية صحيح البخاري
انك ان تدع ورثتك

مالك يته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا
اولى الا اننا استحسنناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر
في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البهات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط
منه من التفريط بماله على وجه لومضى فيه ينحقق مقصده المالى
ولما انقضت البرء يصرفه الى مطالبه الحالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه
ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة
كباقي قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد
وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى
تصدق عليكم اموالكم في آخر اعماركم في زيادة لكم في اعمالكم
تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبى
في الثلث من غير اجازة الورثة لماروينا وسنبين ماهو الا فضل فيه انشاء الله
تعالى قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث
سعد بن ابي وقاص رضى الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل
والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو
استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره
في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره
في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تعززا عما يتفق من الايثار
على ما بيناه وقد جاء في الحديث الخيف في الوصية من اكبر الكبائر
وقسوه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الا ان يجيزه
الورثة بعد موته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه (ولا
معتبر باجازتهم في حال حيوته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند
الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت
الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه
يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا
قد مضى وتلاش ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت

غنياء غير من ان تدعمهم عائلة ينكفون الناس والعالة جمع عائل وهو الفقير تكفف السائل واستكف
ذا بسط كفيه للسؤال وسال الناس كفا من طعام او ما يكفى المجموعة كذا في الفائق عن (قوله
تعززا الخ اي تعززا عما يتفق من ايثار الموصى بعض الورثة على البعض في الوصية لانه ح يتادى
لبعض الآخر فيفضى ذلك الى قطع الرحم وهو حرام بالنص عن (قوله ما بيناه يعني عند قوله بعد
هذا ولا يجوز لوارثه ع

(قوله من كل وجه انه يقيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر ع (قوله والرضا الخ جواب عما يقال ان الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فصار كسائر الاسقاطات وفيها الارجوع

﴿ ٥٣٤ ﴾

فكذلك فيه ووجهه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة وانما رضى ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لهما قبل السبب ع (قوله وكل ما جاز الخ ذكره تفريعا قال في مختصر الاسرار اذا اوصى بجميع ماله فاجازته الورثة كان تمليكاً من الميت وكذلك الوصية للوارث واحد قولي الشافعي انه يكون هبته من الورثة ان قبضت صحت والا بطلت وفائدة تملك المجازله وهو الموصى له من قبل الموصى صحة الاجازة في المشاع وكونه ملكا قبل التسليم وكون الوارث مجبورا بالتسليم بعد الاجازة ولو كان هبة مبتدأة من الوارث انعكست الاحكام فعلى ما قال الشافعي لا يجبر على التسليم ولا ملك قبل التسليم ع (قوله وعند الشافعي وجه قول الشافعي ان يتنفس المورث صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث فيثبت الملك

مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للمورث واجازته البقية فعكسه ما ذكرناه (وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجازله من قبل الموصى) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصى والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمورث اذا اجاز بيع الراهن قال (لا يجوز للمقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للمقاتل ولانه استعمل ما اقره الله تعالى فتعزم الوصية كما يعزم الميراث وقال الشافعي تجوز للمقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصى ببطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه (ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز) لان جنابته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للمقاتل كما لا يرضونها لامهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجوز قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي روينا به ويعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وعكسه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال (الا ان تجبزه الورثة) ويرى هذا الاستثناء فيما روينا لان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولا بینه عليه وبطل في حق الراد قال (ديجوز ان يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين والآية والثاني لانهم يعتقد الفسقة ساءوا المسلمين في

لوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته يكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبته لانهم لا يبالون بغيره ولنا ان الموصى صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصى ع (قوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست سبب الخروج من الملك وانما هو رفع المانع ع

(قوله وفي الجامع الصغير الخ قالوا في شروح الجامع الصغير وفي الكبير ما يدل على الجواز فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز لانه اهل للملك اما وصية الحربي لمسلم او ذمي بماله فذلك جائز عن (قوله وقبول الخ القبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط لثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك الغير تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك الغير فاعتبرنا ﴿ ٥٣٥ ﴾ شبه الهبة في حق القبول مادام تمكننا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض

عمل بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان ع (قوله ويستحب الخ روى عن ابي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما انهما قالالا ان يوصى بالخمسة احب اليينا من ان يوصى بالربع ولان يوصى بالربع احب اليينا من ان يوصى بالثلث ك (قوله على ذى الرحم الكاشع هو العدو والذي اعرض كشحه والكشع ما بين الحاصرة الى الضلع وقيل الكاشع العدو الذي اضر العدو في كشحه وانما جعل هذا التصرف افضل لان التصديق على المحب الصديق مما يميل اليه النفس لمحبهه وصداقته وفي القريب الكاشع المنظور اليه هو معنى القرابة لا غير

العامات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكندا بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته اوردها فذلك باطل) لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقل قال (ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشع ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بتصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يغير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيغير بين الخيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزم وهو احد قولى الشافعى هو يقول الوصية اخذ الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقل ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الورثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال (الا في مسألة واحدة وهو ان يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية

ع مخالفة نفسه لان نفسه لا تدمر الى التصديق عليه فكان ترجيح معنى القرابة في الاحسان اولى من ترجيح جانب المحبة خصوصا ما اذا كان ذلك متضمنا مخالفة النفس وقهرها فكان هو اولى لامالة ك (قوله فالوصية اولى لانه يحصل له تدارك ما قصر في حيواته والتدارك انما يقع بالصدقة ومعنى الصدقة بالوضع عند الاجانب اكمل عن

(قوله لان الدين مقدم على الوصية بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في النكاح في قوله تعالى من بعده وصية يوصي بها او دين فان قلت لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة قلت لما كان الوصية شبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ويتعاطهم ولا تطيب انفسهم فكان اذاؤها مظنة المنعريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى اداءه فلذلك قدمت على الدين بعضا على وجوبها والمساوعة على (٥٣٦) اخراجها من الدين فلذلك من بكلمة او للتسوية بينهما

في الوجوب عن (قوله على الحد المشروع اى في الثلث او في اكثر منه على تقدير اجازة الورثة او عدمهم لعدم المانع وهو الدين عن (قوله وصية يفاع او يفاع هذا تشكيك الراوى وهو عمرو بن سليم شك ان شيخه ذكر يفاع او يفاع حميديه (قوله ولولم تنفذ الخ يعنى اذا نفذت الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل لها بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولولم تنفذ يبقى ماله على غير وجه فكانت الوصية اولى ع (قوله ليس من اهله ولهذا لا يملك التبرع بماله في مال الحيرة بالاجماع بالهبة او الصدقة فكذا لا يملك بطريق الوصية ايضا عن (قوله كان قريب العهد الخ يعنى كان هو بالغ لكن لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله سمي غلاما مجازا تسمية للشئ باسمه كان

من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال (ومن اوصى وعليه دين يجب بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدأ بيهما بالاهم فالاهم (الا ان يبرئه الغرام) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعى تصح اذا كان في وجه الخير لان عمررضى الله عنه اجاز وصية يفاع او يفاع وهو الذى راهف الحلم ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولولم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامردفته وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيذا وتعليقا كما في الطلاق والعنق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة ره لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للعبد وبالحمل) اذا وضع لاقبل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله

(خليفة)

عليه ن (قوله وهو يحرز في الثواب الخ جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ع (قوله النظر الى الخ يعنى ان الوصية في وضعها ضرر لزال الملك عن الموصى وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي الا ترى ان الطلاق والعنق لا يصحان من الصبي لانه ضرر لزال الملك وان كانا قد يقعان بحسب اتفاق الحال من

(قوله اذهى اغته فان قيل لو كانا اغنيين لما جازدها كالم يجزده اجاب بقوله الا انه الخ ع (قوله بخلاف الهبة متصل بقوله يجوز الوصية للحمل يعنى ان الهبة لاتصح لانه تمليك محض الجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه للقبض ع (قوله فلانه بعرض الخ ولقائل ان يقول ان في كلام المصنف تناقضا ظاهرا لانه لا يعلم وجود شيء ابعد ان يصير موجودا واذا

﴿ ٥٣٧ ﴾

كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض ع (قوله كالثمرة رجل اوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من ثلثه ثم مات فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كان ثمرة فليس له الا تلك الثمرة وان لم يكن فله ثمرة ابدا من الثالث مختصر (قوله ومن الخ يعنى قال اوصيت بهذه الجارية لقفلان الاحملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له وماله يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية صحتها سراويلها مما يلبس بها فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله فالجواب ان صحتها باعتبار تفريق الملك للموصى له كما كان قبل الوصية كالوقال اوصيت

خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكندا في الوصية اذهى اغته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال (ومن اوصى بجارية لاحملها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذا لفرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقصر في البيوع (قال ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم ينم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول بتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كافي البيع (قال واذا صرح بالرجوع ارفعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل مع الصريح فقام مقام قوله قد اطلب وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لوفعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عدنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به لا يمكن تسليم العين الابها فهو رجوع اذا فعله مثل الموصى يلته بالسمن والدار يبنى فيها الموصى والقطن يحشوبه والبطانة يبطن بها والظاهرة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او هبه ثم رجع فيه لان الوصية لاتنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا

لقفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا في تفريق ملكه في الفرس باعتبار خروجه من المستثنى منه فان قيل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثنى استنقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استنقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق الخ يعنى انه لم يتناول بالعموم بل يستحق اذا اطلق الموصى هن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يستثنى مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة ع

(قوله رجوع وكان ينبغي ان لا يبطل الوصية لانه نقصان كما اذا قطع ثوبه ولم يغط او هدم بناء دار ولكن نقول يبطل الوصية لان النسخ دليل على استيقاضه على ملكه فكان دليل الرجوع لانه تصرف لا يبقيه عادة الى وقت الموت لان اللحم قلما يبقى عادة الى وقت الموت فصار من هذا الوجه دلالة الرجوع عن (قوله) كذا ذكره محمد بن ابي المبرور انه رجوع قيل ما ذكره في الجامع الكبير معمول على ان المجهود كان عند غيبة الموصي له

وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وما ذكر في المبسوط معمول على ان المجهود كان عند حضرة الموصي له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وهو الاصح ك (قوله ان المجهود الخ اي لان جعود الوصية نفى لها فيما مضى على معنى ان الوصية لم تكن واجبة وانتفاء الوصية في الحال لزم من ضرورة نفيها في الماضي ضمنا وما ثبت في ضمن شيء انما يصح اذا ثبت المتضمن لانه كذب فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو الانتفاء في الحال لانه بناء على ذلك فكانت الوصية ثابتة في الحال فلغا المجهود عن (قوله) واذا كان ثابتا الخ اي اذا كان الكذب ثابتا في الحال لسكونه كاذبا في جعوده اذ الغرض انه اوصى ثم جسد كان النفي في الماضي باطلا فبطل ما هو

ودفع الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريره قال (وان جسد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفى في الحال والمجهود نفى في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولم يعمد ان المجهود نفى في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان المجهود لغوا اولا ان الرجوع اثبات في الماضي ونفى في الحال والمجهود نفى في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جعود النكاح فرقة) ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهي باطلة) لانه النكاح المتلاشى (ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا) لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد النسي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر) لان المعنى يحتل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقى الاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلاث المال

قال (ومن اوصى لرجل بثلاث ماله ولاخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما) لانه يضيق الثلاث عن حقهما اذا ليزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في

من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان المجهود لغوا (قوله) اولا ان الخ اي ان الرجوع عن الوصية عبارة عن اثباتها في الماضي وبطلانها في الحال والمجهود عبارة نفيها في الماضي والحال جميعا فلما كان الرجوع اثباتا في الماضي والمجهود نفيها في الماضي لا يكون المجهود رجوعا للمنافاة بين الاثبات والنفي من

قوله بسبب صحيح الفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح على قول أبي حنيفة ان كل سبب يتعلق به استحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه ليس صحيح الا ترى ان الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى آخر اما اقرارا وبينه احكم حاكم عن قوله ولا يضرب الخ يقال ضرب له في ماله سهما الى جعل فعلى هذا يكون ما في المختصر على حنفى لقول اى لا يجعل له شيئا فيه ٥٣٩ ولا يعطيه كذا في المغرب وذكر فيه ايضا ضرب في الجوزور

بسوم اذا شرك فيها واخذ منها نصيبا وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اى باخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث عن (قوله) الا في المعابة صورة المعابة ان يكون له عبدان قيمة احدهما مائة والسف وقيمة الآخر ستمائة وارضى بان يباع احدهما بفلان بمائة والآخر بفلان آخر بمائة فجعل المعابة ههنا للاحدهما بالى وللآخر بمسماة وذلك كله وصية لانه في حال العرض فان لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المعابة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالى بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فماله محابة الالف ياخذ ثلثي الثلث وماله محابة خمسمائة ياخذ ثلث الثلث فان الالف ثلثان من الالف وخمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة

سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان اوصى لاحدهما بالثلث والاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا) لان كل واحد منهما يدعى بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصارت ثلاثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان اوصى لاحدهما بجميع ماله والاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المعابة والسعاية والدرهم المرسله) لهما في الخلافية ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المعابة واختيما وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لانفاذ لها محال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمعابة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمه تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد ما لا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين متعلق به حق الورثة قال (واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمسال الغيولان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقرر به فيجوز وقال زفره يجوز في الاول ايضا فينظر الى الحال والكل

وجب ان لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث مل (قوله) والسعاية صورة السعاية ان يوصى بعنق عبده لئلا احدهما الالف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجيزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله الالف فالالف بينهما على قدر وصيتهما فثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذى قيمته الف ويه في الباقي ع

(قوله) وهذا عند أبي حنيفة فهذه الرواية تفيد انه لا ينقص عن السدس ولا يزداد عليه وفي المبسوط اذا اوصى لرجل
 بسهم من ماله فله مثل اخس سهام ورثته الا ان يكون اخس سهام الورثة اكثر من السدس فلا يزداد عليه في قول أبي حنيفة
 وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فع يعطى له السدس فعلى رواية الاصل
 جوز ابو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على
 السدس وام يجوز النقصان
 من السدس ورواية الهادي
 تخالفهما حيث لم يجز
 الزيادة ولا النقصان
 وقيل عن هذا الحق بهذا
 الموضع الامام جلال
 الدين ابن المصنف (قوله)
 وفي رواية الا ان يزيد
 على السدس فيكون له
 السدس ك (قوله له مثل
 الخ اي له اقل الانصاء
 لكن ذلك الاقل لوزاد
 على السدس لوزاد عندهما
 ولكن لا يزداد على الثلث
 صورة هذه المسئلة اذا وصت
 المرأة بسهم من ماله ثم ماتت
 وترك زوجا وبنتا
 يعطى له السدس في قول
 أبي حنيفة وعندهما يعطى له
 الربع ك (قوله لان السهم
 الخ اي الوصية اخذ الميراث
 ثم الميراث مخصوص بسهام
 الموارث فكنا الرصبة
 تنصرف الى السهم المعروف
 في الميراث لكن الاقل
 يتيقن مراد السكونه يقينا
 الا ان يزيد اقل الانصاء
 على الثلث مثل رجل هلك
 وترك اخناوعا ومثل امرأة
 تركت زوجا واخنا ووصى
 احدهما لرجل بسهم من ماله فيكون موصيا بالنصف فلا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة عن (قوله)
 هو المروي في الخبر عن محمد بن ابي اسحق عن عبد الله بن مسعود انه سئل عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس
 عن (قوله) وقد رفعه الخ قلت اخرجته البزار في مسنده عن أبي مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله
 فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس انتهى

ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام
 الورثة الا ان ينقص من السدس فينقص له السدس ولا يزداد عليه وهذا
 عند أبي حنيفة وقال له مثل نصيب احد الورثة ولا يزداد على الثلث
 الا ان تعجز الورثة) لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما
 في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد
 عليه لانه لا يزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس
 هو المروي عن أبي مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه
 السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم
 في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
 فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة قال
 (ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم) لانه مجهول
 يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون
 مقام الموصى فالبيهم البيان قال (ومن قاله سدس مالى لفلان ثم قال
 في ذلك المجلس اوفى مجلس آخر له ثلث مالى واجازت الورثة فله ثلث
 المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال في ذلك
 المجلس اوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لان السدس
 ذكر عرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا عينت يراد بها الثاني عين الاول
 هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك
 ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى
 وقال زفر له ثلث ما بقى لان كل واحد منهما مشترك بينهما والمال المشترك
 يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى ما بقى عليها وصار كما اذا كانت
 الشركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع
 حق احداهم في الواحد لهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه
 جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم

احدهما لرجل بسهم من ماله فيكون موصيا بالنصف فلا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة عن (قوله)
 هو المروي في الخبر عن محمد بن ابي اسحق عن عبد الله بن مسعود انه سئل عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس
 عن (قوله) وقد رفعه الخ قلت اخرجته البزار في مسنده عن أبي مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله
 فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس انتهى

(قوله بخلاف الاجناس الخ جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابي الباكون فان القاضى لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهى فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشتركين الورثة والموصى له اثنان فما هلك هلك على الشركة ومابقىبقى عليها
 اثنان ع (قوله وقيل هذا اى

هذا الجواب فى الرقيق والدور المختلفة اذا بقى واحد لا يكون له الاثلث الباقي هو قول ابي حنيفة وحده وعندهما جميع الباقي وقيل هو قولهم جميعا عن (قوله على قول ابي حنيفة اما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لانه يجوز للقاضى ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام ع (قوله وبدون ذلك اى بدون اجتهاد القاضى يتعذر جمع نصيب احدهما فى العبد الواحد والدار الواحدة فكان المال على الشركة مابقى وماهلك مل (قوله يتعذر الجمع يعنى الجمع انما يتحقق

كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكندا تقديما قال (ولو اوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله لم يستحق الاثلث مابقى من الثياب) قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المسكيل والموزون بمنزلتها لانه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو اوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وهذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضى ان يجهنم ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للغة المذكور قال (ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه امكن ايفاء كل ذى حقه من غير بغس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ماخرج شئ من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك السوارث وفى تخصيصه بالعين بغس فى حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال فى مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرنا قال (ومن اوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزام الحى النى هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمر فلم يرض للحى الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحى وان قال ثلث مالى بين زيد وعمر وزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان قال ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلاث ماله ولما له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند

نفاذ القاضى عن اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدون بل يتعذر ولا قضاء فيما نحن فيه فلم يتحقق الجمع اجماعا ولكن الاول اشبه للغة المذكور وهو ما سبق انه متى امكن الجمع جبرا امكن جمعه تقديما (قوله فانما يعتدل النظر الخ اى النظر فى حق الموصى له والورثة بايفاء كل ذى حقه من غير بغس فى حق الآخر وهو ان لا يتخصص الموصى له بالعين اذا لم يخرج الثلث

(قوله لان الوصية الخ) لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت لانه تمليك بعد الموت ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت وكان وجود المال عند الموت شرطاً لاقبله والمضاف الى الشرط كالموجود عنده فصار كانه قال عند الموت ثلث مالي لفلان يستحق ثلث ما يملكه في ملك الحال ولا يعتبر ما قبله عن (قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الوصية استغلاف مضاف الى ما بعد الموت عن (قوله فالصحيح ان الخ احراز عن قول بعض المشايخ

﴿ ٥٤٢ ﴾

ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة العين كمالو اوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافة الى ثلث المسالغ (قوله لانها الخ يعنى لو اوصى بثلث ماله لرجل فهلك ذلك المال واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له والمال اسم الجنس والغنم اسم النوع ففيما ذكر به اسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت فكنا فيما ذكر باسم النوع لان الوصية وجوبها وقت الموت عن (قوله حيث جعلها جزء من الغنم وانه يصلح جزء من الغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشىء معدوم ولا وجود له عند الموت

الموت) لان الوصية عقد استغلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشتط وجود المال عند الموت لاقبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا ما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكنا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يغنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضاف الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ مالياتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يصفه الى ماله ولا غنم له لا يصح لان المصحيح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضاف الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

قال (ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند ابي حنيفة واى يوسف وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمدان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهم يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المعلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لاسيما عند تغدر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين

ايضا فلا يصح عن (قوله كثير من المسائل منها ما ذكر في المبسوط لو قال بغير (نفقته) حنطة من مالي او بثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي ارم ثيابي فاني اذالم يوجد ذلك في ماله او هلك قبل موته فلاشىء للموصى له ك (قوله نجد ذلك في القرآن يريد به بقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السمس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرفت في موضعه عنابه

قوله ثلثة الخ بناء على ما قلنا في المسئلة المتقدمة وهو ان الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فيكون للمساكين ثلثا المال عند محمد وثلث الثلث لفلان وهما اللام للجنس بعدم العهد وادناه الواحد فيكون النصف من الثلث للمساكين عن (قوله لان الشركة الخ اي ان الشركة تغتضى المساواة لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فيستوى في الثلث الذكور والاناث جميعا فكلنا ههنا لما اضاف الشركة اليهما وجب ان يساوى كل واحد منهما $\frac{1}{3}$ $\frac{1}{3}$ وذلك لا يكون الا بان يجعل له ثلث ما في بديل واحد منهما

ليصير له مثل ما بقى لكل واحد منهما عن (قوله ثم كان الاشراك اي ثم قال لآخر اشركتكم معهما فان له نصف كل منهما لان تحقيق المساواة بينهما ليس بممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بهجوم لفظ الاشتراك فعملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان ع (قوله انا نعلم الخ يعنى انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنقيذه بطريق الوصية فتنفذ فان قيل لو كان قصد والوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اى المقر الى مثل هذا الكلام بعلمه باصل الحق عليه دون مقدار سعيه منه في تفريغ ذمته فيجعلها اى هذه الوصية وصيته جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالى ماشاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصق على الثلث دون الزيادة قال (وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا او الثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزام المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وغشاهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم) ويقال للورثة صدقوه فيما

قتصغه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثة لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعندنا لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بينا قال (ومن اوصى لرجل بمائة درهم والآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فعملناه على مساواته كل واحد بتصنيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال (ومن قال لفلان على دين فصد قوه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصد قوه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الابجعة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيه منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالى ماشاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصق على الثلث دون الزيادة قال (وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا او الثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزام المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وغشاهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم) ويقال للورثة صدقوه فيما

عقد الورثة ايضا معلوم وهو الثلثان فاما حق هذا الرجل فليس له دين معلوم ولا وصية معلومة لكنه دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا افترنا الثلث والثلثين قلنا ان التركة ديننا شائعا في النصيبين فنصيب الموصى له وفي نصيب الورثة في يوم كل فريق بالبيان ثم يوزع اصحاب الوصايا بثلث ما اقروه لان ما باغته الرجل وصية في حقهم وما فضل من الثلث يكون لهم ويوزع الورثة بثلث ما اقروا وما فضل من الثلثين يكون للورثة لان الدين المقربه صار مقضيا فلم يبق للمقر له حق في الوصية والميراث عن

(قوله لان هذا الخ حاصله انه يشبهه الاقرار لفظا ويشبهه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا بصنع في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لا صاحب الوصايا عملا بالشبهين ع (قوله ديناشائعا الخ وهذا لانه دين في حق المستحق فكان شائعا في النصيبين باعتباره ووصية في حق التنفيذ لانا صحتنا بجعل ذلك منه وصية وباعتبار الوصية ينفع في ثلث التركة فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقرؤا لان الثلث التركة ﴿٥٤٤﴾ في ايدهم والورثة بثلث ما اقرؤا

شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان في التركة ديناشائعا في النصيبين (فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقرؤا والورثة بثلث ما اقرؤا) تنفيذ الاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحتل على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن ادعى لاجنبى ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصع في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لمي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصالحه اوصيا فيكون الكل للمي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فافتقر قواعلى هذا اذا اوصى للمقاتل وللاجنبى وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبى حيث لا يصح في حق الاجنبى ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكمها فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اغبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاى ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبى شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما بمنزلة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال (ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط وردى فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها هو والورثة تجدد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جعدهم ان يقول الوارث لكل واحد منه بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال (الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجعود فيكون لصاحب الجيد ثلثا والثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا والثوب الادون) لان

لكون الثلثين في ايديهم تنفيذا للاقرار كل فريق في حقه فان اقر المريض مع ذلك بدين يسمى فالمسمى اولى لانه اثبت الاقرار ك (قوله فيؤخذ الخ حتى اذا قال الموصى له ان الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له فان فضل شئ يكون له والا فلا وان قال الورثة الدين ثلثمائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك وهو مائة مما في يد الورثة فان فضل شئ يكون لهم والا فلا عن (قوله وهذا بخلاف ما اذا اقر الخ اى الايصاء لوارثه اذا اجنبى يخالف الاقرار لهما هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبى شركة الوارث او الوارث شركة الاجنبى فالاعتراف باطل ايضا وقال محمد يصح في حصة الاجنبى لان الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر ولهما ان حق الوارث لم يفرز من حق الاجنبى وانما اوجبه

(صاحب)

مشتركا بينهما فلا يمكن اثباته بدون هذا الوصف ك (قوله كان للوارث الخ لان حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشتركان ع (قوله فاوصى الخ فقال لفلان هذا الثواب الجيد ولفلان آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الردى ثم مات الموصى ثم هلك احد الاثواب الثلاثة ولا يدري ايها هلك جامع الصغير

(قوله) وإذا ذهب الخ هذا واضح إذا ابتدئ بتعلييل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وإن ابتدئ بتعلييل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك أن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وإن كان الهالك أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهنأمة وبذلك أخرى وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد يبقى صاحب **٥٤٥** الجيد والردي فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردي لأنه لاحق له فيه

صاحب الجيد لاحق له في الردي بيقين لأنه إما أن يكون وسطا أو رديا ولاحق له فيهما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقي بيقين لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولاحق له فيهما ويحتمل أن يكون الردي هو الردي الأصلي فيعطى من محل الاحتمال وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق الاثلاث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (فإذا كانت الدار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تنقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد بنصفه للموصى له (وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فرواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بضمنه لأن الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وإنما المقصود الأفران تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الأفران يصير كان البيت ملكه من الابتدأ وإن وقع في نصيب الآخر

هذا البيت في نصيبه (جلد الثاني) (الهداية مع السكافيه) ٣٥ شريكه فيوقوف حكم الوصية على القسمة فيكون ذلك وصية بما يستقر ملكه بالقسمة لأن ملك الموصى على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به لأن الانتفاع بالمشاع قاصر والظاهر أن الموصى قصد الإيصاء بالملك الكامل انتفاعه فصار كان الموصى قال هذا البيت لفلان إن وقع في قسمي فإن لم يقع في قسمي فله مثل ذلك ولو أنه أفصح بذلك فله مثل ذلك إذا لم يقع في قسمي فكلنا ههنا

(قوله اولان مراد الخ اي لان مراد الموصى من الوصية بالبيت المشترك بيده وبين صاحبه التقدير بقرائه على ان يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحصيلاً للمقصود وهو تنفيذ الوصية لان مقصوده لا يحصل اذا ارى بيه التملك بعينه لانه ربما يقع بعد الفسدة في نصيب صاحبه ولكن اذا وقع البيت في نصيب الموصى تعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتملك بعينه عن (قوله كما اذا علق الخ فقال اذا ولدت امتي اول ولد فهو ميراثي وانت طالق يكون المراد في جزاء الطلاق مطلق ٥٤٦) الولد حتى تطلق المرأة بولادة الولد كمن كان حياً او ميتاً لان مطلق الولد يصلح جزاء الطلاق وفي جزاء العتق يكون المراد ولد احياناً لان الميت ليس محللاً للعتق عن (قوله يقسم على احد عشر الخ 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 عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمنه محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهام فصار الكل احد عشر (قوله فتصير السهام الخ بيانه ان الايجاب لما صحت وهو منارل للبيت وهو عشرة اذرع من الدار فاذا رفعت العشرة من المائة بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة واربعون فيكون خمسة واربعون لورثة الوصى وعشرة للموصى له اذا ضمت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسون فيجعل كل خمسة سهام فيصير احد عشر سهماً عن (قوله ولو كان مكان الوصية الخ اي اقرار بيت من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يومر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب الميراث عندهما وان وقع البيت في نصيب الآخر يومر بتسليم مثله وعند محمد يومر بتسليم النصف او قدر النصف وقيل محمد معها في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار يملك الغير الخ

تنفذ في قدر درعان جميعه ما وقع في نصيبه اما لانه عوزه كما ذكرناه اولان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما يمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير اولانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تملكه اتمه فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حتى ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهام فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهماً لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يومر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصفته ولا تنفذ قال (ومن اوصى من مال رجل لآخر بالقى بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعاً منه ايضاً فله ان يمنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثالث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فننفذ من جهة الموصى (قال واذا اقتسم الابنان حصة الاب الفسا ثم اقر احداهما لرجل ان الاب اوصى له بثلاث ماله فسا

كان حياً او ميتاً لان مطلق الولد يصلح جزاء الطلاق وفي جزاء العتق يكون المراد ولد احياناً لان الميت ليس محللاً للعتق عن (قوله يقسم على احد عشر الخ 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 عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمنه محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهام فصار الكل احد عشر (قوله فتصير السهام الخ بيانه ان الايجاب لما صحت وهو منارل للبيت وهو عشرة اذرع من الدار فاذا رفعت العشرة من المائة بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة واربعون فيكون خمسة واربعون لورثة الوصى وعشرة للموصى له اذا ضمت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسون فيجعل كل خمسة سهام فيصير احد عشر سهماً عن (قوله ولو كان مكان الوصية الخ اي اقرار بيت من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يومر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب الميراث عندهما وان وقع البيت في نصيب الآخر يومر بتسليم مثله وعند محمد يومر بتسليم النصف او قدر النصف وقيل محمد معها في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار يملك الغير الخ

للكل واحد منهما خمسة واربعون فيكون خمسة واربعون لورثة الوصى وعشرة للموصى له اذا ضمت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسون فيجعل كل خمسة سهام فيصير احد عشر سهماً عن (قوله ولو كان مكان الوصية الخ اي اقرار بيت من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يومر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب الميراث عندهما وان وقع البيت في نصيب الآخر يومر بتسليم مثله وعند محمد يومر بتسليم النصف او قدر النصف وقيل محمد معها في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار يملك الغير الخ

(قوله لان اقراره الخ يعني ان في زعم المقر ان المال يقسم اثلاثا ونصيب الموصى له ونصيب كل واحد من الابنين سواء فلما انكر احدهما واغاب جعل كان نصيبه لم يكن فيقسم الباقي عليهما نصفين لان نصيبهما سواء عن (قوله بخلاف الخ اي بخلاف ما لو اقر احد الابنين بدين فانه يقضى للمقر له بكل الدين من نصيب المقر لان الدين ليس بجزء شائع بل مقدم على الميراث الاترى ان نصيب الغائب يجعل كالهالك ولو

٥٢٧

كان هالكاً كان حق الموصى له في ثلث الباقي وحق الغريم في كله فكذلك في مسئلة تنازع (قوله فيكون مقر الخ فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه ع (قوله لان الام الخ اي انما كان الولد والام جميعا للموصى له اذا خرجا من الثلث لان ما يحدث من النساء قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل انه يقضى ديونه وينفذ وصاياه فينفذ الوصية بالثلث فيهما جميعا في الام اصاله وفي الولد تبعا لاتصاله بالام عن (قوله قبل القسمة وان كانوا اقتسموا واخذ الورثة الستمائة والموصى له الجارية ثم ولدت ولدا فالولد للموصى له جامع الصغير (قوله وذلك لا يجوز اي

المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا الاستعسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستعسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقر بثلثه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثله ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فبأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال (ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت في الوصية اصاله والولد تبعا ميم كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجوا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنه وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كافي البيع والعق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزام الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع

لا يجوز انتفاض الوصية في بعض الاصل لمزامته * ٣٥ التبع من (قوله بخلاف البيع اي ليس كذلك البيع لان القول بالشركة لا ينقض شيئا من الاصل لان البيع نافذ في الام كما كان وانما انحط بعض الثمن عن الاصل والثمن في البيع تابع فصار بمنزلة حط بعض الثمن بخلاف الوصية فانها عند مزاحمة الولد يخرج بعض الاصل عن الوصية فلا يبقى الوصية في الام كما كانت فلا يجوز ان يكون التبع ناقضا للاصل غاية البيان

(قوله الا انه لا يقابله الخ جواب هما يقال لادم ان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله في ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض لواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض

﴿ ٥١٤٨ ﴾

في البيع لان الثمن تابع ع

(قوله اذا اتصل به القبض

انما قيد بذلك لان مقابلة

بعض الثمن بالولد انما يكون

ان لو كان مقبوضا بالاصل حتى

لو هلك قبل القبض باقية

سماوية لا يقابله شئ من الثمن

بل ياخذ الام بجميع الثمن ع

(قوله قبل القسمة اي قبل

القبول ايضا فان ولدت

بعد القبول وبعد القسمة فهو

للموصى له لان التركة

بالقسمة خرجت عن حكم

ملك الميت فعندت الزيادة

على خالص ملك الموصى له

وان ولدت بعد القبول

قبل القسمة ذكر القدوري

انه لا يصير موصى به ولا

يعتبر خروجه من الثلث

وكان للموصى له من جميع

المال كما لو ولدت بعد

القسمة ومشايخنا قالوا يصير

موصى به حتى يعتبر خروجه

من الثلث كما لو ولدت

قبل القبول وان ولدت قبل

موت الموصى لم يدخل

لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نما خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

(فصل في اعتبار حالة الوصية قال (واذا اقر المريض لامراة بدين او

اوصى لها بشئ او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت

الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا

يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في

حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت

وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاني

الى ما بعد الموت حكمه لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين

المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا اقر المريض لابنه بدين

وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك

كله) اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان

عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو

البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم

لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت

الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال

صدوره (وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق) لما ذكرنا وذكر في كتاب

الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه

دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان الاعتبار فيها

وقت الموت واما الهبة فيرى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق

وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال (والقعد

(والهفلوج)

تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والسكسب كالولد في جميع ما ذكرنا ك (قوله وكذا لو كان الابن الخ اي يبطل الاقرار والوصية والهبة كما لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب ك

(قوله والمفلوج الخ الفالج فهاب الحس والحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق الآخر والشلل فساد في اليد يقال شلت يده فشل ورجل اشل والسل عبارة عن اجتماع الحمة في الصدر ونفثها كذا ذكره في كتب الطب وتفسير المطرزي ان المسلول الذي سل انشاء اي نزعته خصيته لانه لا يناسب هذا الموضوع لان الكلام فيما اذا

٥٤٩

(والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لانه اذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالذداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش) لانه يخاف منه الموت ولهذا يندأوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابي او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا) وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا الاحقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاني واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بماله الاضافة دون حالة العقد وما نفقه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصفة لان بالبرهتين انه لاحق

لاحق في ماله قال (وان حابي ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمعجاة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابي فهما سواء وقالوا العتق اولى في المسئلتين) والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقوف في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالنذير الصحيح والمعجاة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة

تطاول المرض ولم يخف منه الموت والذي نزعته خصيته بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضا اصلا (قوله) اذا تطاول ذلك الخ ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه لانفس الخوف ك (قوله) صار طبعا الخ لان المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون كذلك اذا كان به حال يزيدا حالا فعلا الى ان يكون آخر الموت فاما اذا استعكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه وانما يكون في حكم المرض في اول ما اصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب الدق والسل قبل ان يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض لان الانسان قلما يغلو عن قليل مرض فما دام يخرج في حوائجه لنفسه ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام صار الخ اي ان صار صاحب فراش في اول من حدثت

تلك العلة ومات في ايامه ذلك فحسبه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح اقراره للوارث من

(قوله وغيره يلحقه أى غير العتق الذى ذكرناه يلحقه الفسخ والذى ذكره هو العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى وهو التدبير الصحيح وأراد بغير ذلك سائر الوصايا بمال عن (قوله) لأنه لا يوجب التقدم الخ لأن زمان التقرر وبعد الموت والكل يتقرر معاك (قوله) لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت الأثرى أنه إذا وصى بثلاث ماله أفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل أو فصل لا عبرة للبدلية فكذلك ههنا (قوله) لا بصيغة

﴿ ٥٥٥ ﴾

الخ يعنى ان صيغة عقد البيع بالمعاقبة معاوضة لا تبرع ولكن التبرع حصل من حيث المعنى من حيث اتيار بعض المال حيث باع بالغبن الفاحش بخلاف الاعناق فإنه تبرع صيغة ومعنى لأنه اتيار محض ليس فى مقابلة اتيار المال فكان المعاقبة اقوى عن (قوله) فاذ وجدت الخ فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمعاقبة يلحقها الفسخ فكان العتق اولى قيل المعاقبة لا يصح فسسخها من جهة الميت ومن جهة الورثة فلا يكون لهم سبيل الى فسسخها وانما يصح فسسخها من جهة المشتري فيستبدل بانقطاع حقهم فى الفسخ على تأكيدها فاما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا اعتبار لان المعاقبة ما وقعت من قبل المشتري وهو الموصلة بل من قبل الموصى وليس له الفسخ عن (قوله) قسم الثلث الخ فان قيل ينبغى ان يكون تمام الثلث

الموصى وغيره يلحقه وكذلك المعاقبة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى واذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافية ان العتق اقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمعاقبة يلحقها ولا يعتبر بالتقديم فى الذكر لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله ان المعاقبة اقوى لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً به عناءه لا بصيغته والاعتناق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المعاقبة او الادفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المعاقباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المعاقبة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليهما فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمعاقبة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى وعندهما العتق اولى بكل حال قال (ومن اوصى بان يعتق عنه بمائة عبيد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند ابي حنيفة وان كانت وصيته بمائة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شئ من المائة يرد على الورثة وقال لا يعتق عنه بما بقى) لأنه وصية بنوع قريبة فيجب تنفيذها ما امكن اعتباراً بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعب يشترى بمائة وتنفيذها فممن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قريبة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا وصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلص المستحق وهذا اشبه قال (ومن ترك ابنين

للمعاقبة الاولى عنده لان المعاقبة الثانية مساوية للعتق والمعاقبات الاولى راجعة على العتق والمساوى للمرجوع مرجوح وكذا فى المسئلة الثانية ينبغى ان لا يشارك العتق الثانى العتق الاول عنده لان العتق الاول يساوى المعاقبة وهى راجعة على العتق الثانى والمساوى للراجع راجع قلنا ترجع العتق على العتق والمعاقبة على المعاقبة لا يجوز بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللاً وكذا اذا تخلل الغير

قوله فجنى جناية اعلم ان العبد اذا جنى جناية خطأ فعليه الدفء او الفداء ثم هذا العبد الموصى له بعنفه اذا جنى جناية بعد موت الموصى كانت الورثة بالخيار ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا قدوه فان دفعوا بطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له عن (قوله الا ان ملكه اى ملك الموصى فيه باق لحاجة حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق لما بينا ان تلك الميت باق لحاجة وهذا لان ملك الورثة ملك خلافة فلا يثبت مالم يستغن الاصل منه وهذا جواب اشكال وهو ان يقال لما كان حق ولى الجناية مقدما على حق الموصى والموصى له ينبغي ان تبطل الوصية قبل الدفع والجواب عنه ان ملك الموصى فيه باق مالم يدفع به ويقام الوصية باعتبار بقائه ملك الموصى فاذا دفع زال ملكه فيبطل الوصية كـ (قوله والقول قول الخ فاذا كان القول قول الورثة كان الثلث مستحقا بالعنف فان فضل شيء منه الى تمام الثلث فهو للموصى له وان لم يفضل فلا شيء للموصى له عن (قوله والحوادث تضاف الى اقرب الارقات اذا جهل النار يخ واقرب الارقات حال المرض فيضاف العنق الحادث اليه لتيقن الاقرب مالم يتبين انه

٥٥١

مائة درهم وعبد قيمته مائة درهمه وقد كان اعتقه في مرضه فجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العنق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازه الورثة لان الامتناع لمقوم وقد اسقطوه قال (ومن اوصى بعنق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صبح لما ان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في ماله لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال (ومن اوصى بثلاث ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال

الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البيينة ان العنق في الصحة) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العنق لان العنق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العنق في المرض وهو وصية والعنق في المرض مقدم على الوصية بثلاث المال فكان منكرا والقول قول الممتكر مع اليمين ولان العنق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الارقات للتيقن بهما فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البيينة ان العنق في الصحة لان الثابت بالبيينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في

الصحة وقال رجل لى على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقال لا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعنق

من قبل عن (قوله ان العنق في الصحة اى لم يكن وصيته فحق ثلث المال للموصى له عن (قوله وهو خصم الخ جواب عن اشكال على قول ابي حنيفة فان العنق عنده حق العبد فلا بد من الحصرمة والدعوى حتى يقبل البيينة ولم يوجد الدعوى من العبد فينبغى ان لا تقبل البيينة على العنق والجواب عنه ان البيينة انما وجدت من الخصم فان الموصى له بهذه البيينة يثبت لنفسه حقا فيكون خصما والبيينة مقبولة من الخصم كـ

(قوله لا يوجب السعاية الخ لان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فلهذا مثله وهذا لان الاقرار بدينين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الاخران لو كان احدهما متأخرا عن الاخر فيمنع المتقدم المتأخر وهما لما حصل معا بتصديق واحد يجعل كان الامرين كأننا وثبتا بالبيينة فيثبتان معا لذلك كـ (قوله وله ان الخ اى لابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى من الاقرار بالعنف فدفع الاقوى الاضعف والدليل

﴿ ٥٥٢ ﴾

على ذلك ان اقرار الدين يصح من رأس المال لامن الثلث فحسب وانه لا يعتبر وصية من المريض الاقرار بالعنف من المريض يصح من الثلث لا غير واسناد والاقرار بالعنف الى الصحة انما يصح اذا لم يكن المانع من الاسناد وقد وجد المانع وهو شغل الدين فانه منع الاسناد الى حالة الصحة فاقصر العنف الى حالة المرض فعلى هذا كان ينبغي ان يبطل العنف اصلا لانه بعد وقوعه لا يجتمل الفسخ فيفسخ من حيث المعنى بايجاب السعاية على العبد ويقضى به الدين ولا يفسخ من حيث الصورة ولان الدين اسبق لانه لا مانع من اسناد الدين الى حالة الصحة لان الاقرار يصح من رأس المال من الصحيح والمريض جميعا واسناد العنف الى حالة الصحة لا يمكن لان الدين

في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعنف في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعنف في المرض يعتبر من الثلث والاقرى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العنف اصلا لانه بعد وقوعه لا يجتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العنف الى تلك الحالة لان الدين يمنع العنف في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعنهما سواء

فصل قال (ومن ارضى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة) والظاهر منه البداية بما هو الاهم (فان تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر انه يبتدىء بالاهم وذكر الطحاوى انه يبتدىء بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروایتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجهه الاخرى ان الحج يقدم بالمال والنفس والزكاة بالمسالك قصرها عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها عليهما في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقبلة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال (وماليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث

جرم وجبت يمنع ان يقع العنف مجانا فلا

السعاية عليه واقرار الوارث بمنزلة اقرار المريض ولو ان المريض اقر في مرضه انه اعتق هذا العبد في صحته واقر بدين كان الدين اولى فكندا اذا اقر الوارث عـ (قوله ولا يمكن اسناد الخ وهذا لان العنف لم يظهر الا معه الدين وانه يمنع ظهور العنف مجانا في المرض واسناد العنف الى حالة الصحة يكون بعد ثبوته فصار الدين مانعا لاسناد العنف الى الصحة فبقى العنف مقصورا كـ

يقسم

(قوله يقسم الخ اي اذا كان مع الوصايا الثمانية لحق الله تعالى حق الأدمى فالوصى له يضرب مع الوصايا في القرب عن (قوله ويقسم على آه فيجعل كل جهة من جهات القرية مفردة ولا يجعل جهة واحدة نحو ان يقول ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة من هذه غير المفرد والمقصود وان كان متعديا وهو القرابة ولكن تعتبر الجهة المسماة لان الجهة هي المنصوص عليها وهو كما اذا اوصى للفقراء والمساكين ﴿ ٥٥٣ ﴾ وابن السبيل بصرف لكل جهة سهم وان كان المقصود من

الجميع القرية ك(قوله كما ينفرد وصايا الخ فان الجميع منها وان كان المقصود به القرية اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يجعل لكل واحد سهم على حدة فكذا هذا ع (قوله وقد فرقنا بين هذا الخ والفرق وقع على قوله وله انه وصية بعنق عبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ الغير الموصى له الى آخره ك (قوله وقال ابو يوسف الخ قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيجوز عنه من حيث مات بالاتفاق ع(قوله لها ان السفر آه مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا بثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان الكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما طعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابى حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان

يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الأدميين قال (ومن اوصى بجهة الاسلام اخرجوا عنه رجلا من بلده يخرج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكتفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يخرج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة اخرجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يخرج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انما جوزناه لاننا علم ان الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعنق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يخرج عنه يخرج عنه من بلده) عند ابى حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يخرج عنه من حيث بلغ استنجاسا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقربى وقسط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجراه على الله فيبدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربى فجوز عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الرجة الذي وجب والله اعلم

﴿ باب الوصية للأقارب وغيرهم ﴾

قال (ومن اوصى لجيرانه فهو الملاصقون عند ابى حنيفة وقالاهم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المجلة) وهذا استجسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تحضر صرفه

سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بداله في ان يخرج بنفسه بعد ما مشى في بعض الطريق وفرض الامر الى غيره برضاء الوصى لم يجز وازمه رد ما نفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى اي المأمور بالأطعام اذا اطعم لبعض ثم ترك وامره غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا والكتاب اقوى وان كان دلالة فعله به والحج لم يكن فيه دليل اقوى ع

(قوله ان هؤلاء الخ يعني ان الموصى قصده من يخالطه ويقر به منه وفي هذا المعنى يستوى الملاصق وغيره لان كل واحد من جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارا عرفا فوجب حمل الاسم عليه عن (قوله وفسره الخ روى البيهقي في المعرفة عن علي انه قال لاصلوة لجار المسجد الا في المسجد قيل ومن جار المسجد قال من اسمه المنادى ت (قوله عند اتحاد المسجد قيل حتى لو كان في المجلة مسجد ان صغيران متقاربان فالجميع جيران ع) (قوله وما يروى فيه الخ اخرج البيهقي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه و آله ٥٥٤) ﴿

الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دار اربعين وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والنسي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روى ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعنف كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولومات الموصى والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستنفذ الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستنفذها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوجة كل ذات رحم محرم منه) وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول قال (ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام) وهو اول اب اسلم اذ اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على محب ما اختلف فيه

وسلم قال اوصاني جبرائيل عليه السلام بالجار الى اربعين دارا عشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا انتهى وقال في اسناده ضعف ت (قوله والنسي اقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل النسي لان المسجد لا يجمعه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان ع (قوله لاطلاقه اى لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيره من) (قوله ولا يدخل عندهما الخ وفي الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبد والامام والمديرون وامهات الاولاد لانهم لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى من غير ذكر خلاف الارملة تدخل لان سكنها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لا تدخل لان سكنها غير مضاف اليها فلم تكن جارا حقيقة ك (قوله لما تزوج صفية الخ هذا من مسامحات صاحب الهداية والصواب جويرية وكان اسمها برة فسمها عليه السلام جويرية لانه يكره ان يقال خرج من بيت برة وقصتها ان جويرية بنت الحارث من بني المصطلق وقعت في سهم ثابت بن قيس فكتبها على مالا طاقة (المشائخ لها به فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جاءت سائلة في كتابتها كتابتها وتزوجها فسمع الناس انه صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فارسلوا ما بايديمهم يعني من السبي فاعتقوهم وقالوا اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشة فما رأينا امرأة كانت اعظم بركة على قومها من جويرية اعتق في حببها مائة اهل بيت من بني المصطلق كذا رواه ابو داود في سننه عن عائشة وغيرها

(قوله تظهر في اولاد الخ يعني ان الموصى اذا كان ملويا فعلى القول الاول اقصى الاب على رضى الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابوطالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد وعقيل وجعفر (قوله والمقصود من الخ وانما اعتبر ابو حنيفة كل ذى رحم لان الله تعالى امر بصلة الرحم) ونهى عن قطيعة الرحم والمحق الوعيد الشديد

لمن سعى في قطيعته وهو قوله تعالى (ان تفسدوا في الارض وتقطعوا ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله) فاذا كان مأمورا بصلة الرحم فالظاهر انه قصد بالوصية صلة الرحم فانصرفت الوصية الى من وجب عليه صلته وانما يجب عليه صلة الرحم المحرم ولا يجب عليه صلة غيرهم الا ترى انه لا يجب نفقتهم اذا كانوا معسرين ويجب عليه نفقة ذى الرحم المحرم فثبت ان الوصية انصرفت اليهم عن (قوله ولا يدخل فيه الخ قال محمد قال الله تعالى (الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين) فاخرج الوالدين من القرابة فكما يخرج الوالدان من القرابة فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد فلا يسمى قريبا عن (قوله ولا يعتبر آه جواب اشكال على قولهما وهو ان يقال انهم تساؤرا

المشاخنة وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابى طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكنا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بنى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سعى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند يقيى بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعى بالاب الادنى قال (واذا اوصى لاقربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهما ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فللعمة نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في المراث بخلاف ما اذا اوصى لذى قرابته حيث يكون للعمة كل الوصية لان اللفظ للفرد فيخرج الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخال وخالة فالوصية للعمة والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا وكافرا وكذا اذا اوصى لذوى قرابته اولاقربائه اولانسابه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مفقودة بهذا الوصف قال (ومن اوصى لاهل فلان فهى على زوجته) عند ابى حنيفة وقالوا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوفى باهلكم اجمعين

في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب التساوى في الاستحقاق اصله اذا اوصى لبنى فلان فاجاب انه لا يعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند ابى حنيفة يقيى بالاقررب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعى بالاب الادنى اى يدخل من قرابة الموصى من قبل ابيه وامه من يجمعه الى ادنى اب منسوب اليه ولا يدخل ما وراء الادنى من قرابته عنده ك

(قوله يشهد بذلك الخ فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى (قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا) الا ترى انه خاطبهم بخطاب الجمع والآية في سورة القصص وكذلك غطب في سورة طه فقال هل اناك حديث موسى اذ رأى ناراً فقال لاهله امكثوا الآية والجواب انه لم ينقل انه كان ٥٥٦ معه احد من اقربائه واقاربها ممن

يضمهم نفقته على ان الحقائق لا يستدل عليهما لان طريق معرفتهما السماع كما هو في الاصول وانما استشهد بالآية تبرعاً فان ثبت ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة فلا ينافي مطلوبه كذا في العناية وغيره اهل (قوله لان الآن القبيلة الخ فيدخل فيه كل من ينسب اليه من ابيه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والنسب والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون الى امهم وانما ينسبون الى آباءهم فكانوا من جنس آخر من اهل بيت آخر لان البيت يعتبر من الآباء زيلعي (قوله يدخل فيه الخ قال شمس الاثمة السر خسى في شرح الكافي اذا اوصى لاهل بيته فان كان الموصى من اولاد العباس

وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال (ولو اوصى لال فلان فهو لاهل بيته) لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ايسوه وجهه لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالتنسب عبارة عن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الام والاب ولو اوصى لائتام بنى فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقرائهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه يمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القرية وهي في سد الحاجة ورد الجدة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حملها على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون او لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبيء عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع اقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث في قول ابى حنيفة او قوليه وهو قولهما لان جميع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمولات وخلفاؤهم قال (ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكور والانثى فيه سواء)

من قبل الاب دخل فيه سواء كان ذكراً او انثى بعد ان يكونوا منسويين اليه من قبل الآباء ومن كانت نسبه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا يسمى من اهل بيته وانما يسمى من اهل بيت آخرين وكذا الوصية لجنس فلان او لمعتاجي جنسه لان الجنس واهل البيت سواء قال فخر الاسلام في شرح الزيادات وكذلك المرأة نوى بجنسها واهل بيتها لم يدخل فيه ولدها الا ان يكونوا من بنى اهل بيتها

(قوله) فالوصية بينهم للذكر الخ هذا اذا مات الموصى لورثته ثم مات الموصى اما اذا مات الموصى قبل ان يموت الموصى لورثته فالوصية باطله كـ (قوله) فالوصية باطله وقال الشافعي الخ مبناه على موافق عموم المبتدئين وعدم جوازه والشافعي يجوز ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جوزه فكذلك ههنا ما قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقي فلم قال الوصية باطله اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصى قبل

﴿ ٥٥٧ ﴾

البيان والتوقي في مثله لا يفيد فان قيل الترميم من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذى اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فيندرب والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروى عن ابي يوسف لهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنا والمعروف كالمشروط شرعا ع (قوله) حتى تصالحوا اى حتى يصطلحوا على ان الثلث بينهما فاذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية وكان الثلث بين الفريقين فان بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة اذ لا يدري من المستحق للثالث فقد زالت الجهالة بالاصطلاح لان بعضه يصل الى المستحق وبعضه الى غير المستحق برضاء المستحق فيصح الوصية وجوابه ان الايصاء ابتداء تملك من

لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا (ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصه التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطله وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى تصالحوا لان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولاتنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مذبذبه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولا ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد موال وموالى موالا لا يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالى الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا وانك شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي الموالى عقد الالتزام والاعتناق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالى الموالى لانهم موالى غيره حقيقة بخلاف موالىه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعناق وجسمته وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بموالىه لاحقيقة ولا مجازا وانما يجزى

المجهول فيلغو فلا يصير ملكا احد الفريقين فيبقى الملك على ملك الموصى وانتقل بموته الى ورثته لا يكون للموالى عايه سبيل وان اصطلحوا كـ (قوله) ان الجهة مختلفة لان المولى الاعلى منعم والمولى الاسفل منعم عليه بخلاف الاخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المنفرد من اصله فصار الاسم عاما لامشتركا كـ

(قوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس الاخراج الى اهله الاباجازة الورثة ع (قوله ولو اوصى الخ قد علم جوازه فيما تقدم ولعله ذكر تهييدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم يخرج الورثة وكان الوصية بغلة عبده سنة وتذكر انما يتاويل المال او نظرا الى الجهر ع (قوله فكان بالجواز آه اي كان الايصاء بالغلة اقرب الى الجواز من الايصاء بالخدمة لان الخدمة منفعة مخضة

﴿ ٥٦٥ ﴾

ليست فيها شائبة العينية ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن ابي ليلى فاذا جاز الايصاء بما جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاولى لانها عبارة عن مال عين وهو الدراهم والدينانير ع (قوله يجتمل القسمة الخ هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فان هناك لمالم يجتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء صرفا الى قسمة الخدمة بطريق النهاية ك (قوله والخدمة الخ في المبسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه انما تمكن من استخدامه اذا انفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذالك وهو احق بخدمة فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعير وينتفع به وان ابي ان ينفقه على صاحبه فهذا كذلك ايضا وان كان اوصى بخدمة عبد صغير لانسان وبرقيقته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على

الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده اي يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه درهم او دينار فكان بالجواز اولى ولم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يجتمل القسمة بالاجزاء فلواراد الموصى له قسمة الدارين وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب لاحقه في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخبر برقيقته وهو يخرج من الثلث فبالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطا منه لخدمتهما على الآخر فاعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذا الوصية اخذ الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما به الموت ولها نظائر وهما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث واوصى لرجل بخاتم ولاخر بغصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من الثمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروفي في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها

صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة (والولد ع (قوله عطا الخ ومعنى ذلك انه عطف قوله لاخر برقيقته بالواد على قوله اوصى له بخدمة عبده ع (قوله ثم لما صحت الخ لما للبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بصاحب الخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذا الوصية اخذ الميراث هناية

(قوله وكذلك في اخواتها اي اخوات مسئلة الوصية بالامة لرجل وبما في بطنها لرجل آخر واراد
 ياخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع النمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار
 مع البناء ومسئلة السيف والحلية ومسئلة البستان والنمر ومثل ذلك عن (قوله لابي يوسف الخ
 الاختلاف ذكر في اكثر شروح الزيادات ولم يذكره فخر الاسلام في شرح زيادته ولا في اصوله لان
 ابايوسف لم يثبت خلافه
 ٥٦١

والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف ان بايجابه في
 الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له
 بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم
 شيئا في حال حيوة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما
 في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد وان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص
 وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن
 اصلنا ان العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص
 فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل
 الفص بينهما نصفيين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول
 كما اذا اوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول
 الخدمة وانما يستغنى الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه
 فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا
 كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين
 انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن اوصى
 لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له
 ثمرة بستانى ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى
 له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة
 اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الابدالة زائدة مثل التخصيص
 على الابد لانه لا يتأبد الا يتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم
 يكن شيئا اما الغلة تنظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة
 بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه
 وداره فاذا اطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى
 اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر
 الانصراف الى دليل زائد قال (ومن اوصى لرجل بصوف غنمه
 ابدا او بالادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد

في ظاهر الرواية وانما
 علم خلافه من رواية الاملاء
 كذا ذكر الكرخي في مختصر
 الزيادات عن (قوله
 كما في وصية الرقبة
 والخدمة فان المفصول
 والموصول فيهما في الحكم
 سواء لعدم كون الثاني
 بيان تغيير حتى يشترط
 الوصل لعدم كون
 الوصية ملزمة في حال حيوة
 الموصى اعظم (قوله
 بخلاف الخدمة مع الرقبة
 يعنى لو اوصى برقبة
 العبد لانسان وبخدمته
 لآخر كان كما اوصى وان
 كان في كلام مفصول ولا يكون
 للموصى له بالرقبة من
 الخدمة شي وانما كان
 هكذا لان اسم الرقبة
 لا يتناول الخدمة بخلاف
 مانحن فيه فان الخاتم
 يتناول الحلقة والفص
 جميعا واسم الجارية يتناولها
 وما في بطنها واسم القوصرة
 كذلك ك (قوله وفيه
 ثمرة انما قيد به لانه اذا لم
 يكن للبستان ثمرة والمسئلة
 بحالها فمسئلة الثمرة
 كمسئلة الغلة في انه يتناول

(جلد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٣٦

الثمرة بالمعدومة ما عاش الموصى له كما في مسئلة الغلة ن (قوله وان اوصى له بغلة بستانه الخ ثم
 في البستان السقى والحراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنفع بالبستان فهي كالنفقة
 في فصل الخدمة ك

(قوله والفرق الخ أي الفرق بين هذه المسئلة حيث لا تتناول الحادث وان ذكر الابد وبين ما تقدم من الوصية بثمره يستأنه اذا ذكر الابد يقع على الحادث ايضا وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث ايضا ذكر الابد اولم يذكر هو ان القياس الخ عن (قوله بعقد البيع تبعا أي بدخل ^{الغنى} ظهر الغنى من الصوف في بيع الغنم تبعا للغنم ويجوز الخلع على ^{فوقه} في ظهر غنمها من الصرف كـ) وقوله وبالعقد الخ صورته ان تقول المرأة لزوجها

٥٦٢

وما في ضررها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال ابدا اولم يقل) لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس ياتي تمليك الموصى لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدمة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقدها فكذلك لا بدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبالعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال (واذا صنع يهودى او نصرانى بيعة او كنسية في صحته نسم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال (ولو اوصى بذلك لقوم مسلمين فهو من الثلث) معناه اذا اوصى ان تمنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالوا الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنقيدها من تقرير المعصية ولا يبي حنيفة ان هذه قرينة في معتقدهم ونجس امرنا بان نتركهم وما يدبثون فتجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية باعتبار الاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني

(وانما يزول)

خالعى على ما في بطن جاريتى وغنمى صبح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك للمرأة لان ما في البطن قد يكون منقوما وقد لا يكون ولم تفسره حتى لو قالت على حمل جاريتى وليس بها حمل يرد المهر عنايه (قوله فهو ميراث أي بالاتفاق على اختلاف التخرج اما عند ابي حنيفة لعدم لزوم الوقف وعندهما ليكون ذلك الفعل معصية لا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا والمسلم اذا جعل داره مسجدا في صحته وسلم لا يورث فينبغي ان يكون البيعة كذلك لانا نقول المسجد تعزز عن حقوق العباد وصار لله تعالى خالصا فلا يورث ولا كذلك البيعة لان البيعة عندهم لمنافع الخلق فانها تسكن فيها اساقفهم ويدفن فيها امواتهم كـ (قوله على اعتبار المعنيين معنى الاستخلاف والتمليك فجعلنا من الثلث نظرا

الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤوا (قوله وقال الخ قال مشايخنا هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في البصر فلا تجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة في الامصار كذا في جامع الصغير للبرهاني كـ

(قوله بخلاف الوصية الخ متصل بقوله ان البنساء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله لثبوت مقتضاه وفي قوله على مقتضاه كلها راجعة الى الوصية بناويل الابصار **عنه** له امتنع ثبوت مقتضاه وهو زوال الملك في غير ما هو قرينة عندهم فبقى اى الابصار فيما هو قرينة على مقتضاه ﴿ ٥٦٣ ﴾

وهو زوال الملك فذلك لا يورث ثم ورد محمد على نفسه سؤالا فقال كيف يكون هذا قرينة من النسي فانه لا يثاب على ذلك قلنا الاحكام في حقهم انما تثبت على ما يظهرون لاعلى الحقيقة الا ترى انه اذا ذبح وسمى اسم الله يحل ذبيحته وان كان ما يعتقد اليها ليس به على الحقيقة ولو ذبح باسم المسيح لا يحل ذبيحته على ما قال عمر رضى الله عنه اذا سمعتموهم سموالغير الله فلا تأكلوا ك (قوله وهو ما ذكرنا يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة ع (قوله الا اذا كان الخ وان كانوا لا يصح الوصية لانه لا يمكن تصحيحها تملك فنبطل لانها ليست بطاعة عندهم لانهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء فوقع وصيته ح اذن على

وانما يزول ملكه بان يصير محرزا خالصا لله تعالى كافى مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتجزأ لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تجزئه بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم فبقى فيما هو قرينة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا النسي على اربعة اقسام منها ان تكون قرينة في حقنا ذكرناه وما اذا اوصى النسي بان تدبج غنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج اذ بان يبنى مسجد للمسلمين اذ بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تملك لانهم معلومون والجهة مشهورة ومنها اذا اوصى بما يكون قرينة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قرينة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قرينة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائعات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تملك واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم (قال واذا دخل العربي دارنا بامان فارصى لمسلم

سبيل الهزل والوصية يبطلها الهزل عن * ٣٦ (قوله لوقوعه تملك فيبطل الجهة التي عينها ان شاؤا فعلا وذلك وان شاؤا تركوا ان كانوا لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه تملك وانها ليست بقرينة في اعتقادهم حتى يكون تملك من الله تعالى في اعتقادهم فلا يصح ك (قوله والجهة مشورة اى صرف هذا المال الموصى به الى الحج وبناء المساجد والاسراج فيه خرج على طريق المشورة ك

(قوله جاز قبل هذا اذا لم يكن ورثته معه في دار الاسلام اما اذا كانت ورثته معه يتوقف على اجازتهم اشارة في الكتاب الى هذا بقوله وليس لورثتهم حصة الخ ك (قوله ولو كان مسلم من الخ جواب عما يرد على قوله ويرد الباقي على الورثة ٥٦٤) وهو ان يقال ان الورثة ليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك (قوله لما بيننا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ (قوله فكنا بعد ماته فالوصية تبرع بالنمليك بعد الموت فيعتبر بالتبرع في حالة الحيوة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستأمن فكذا هذا عن (قوله من اهل الحرب فوصيته من هو من اهل دار الاسلام لمن هو من دار الحرب باطل لان البناء بين الدارين تأثيرا في قطع العصمة والموالة عن (قوله انتموا الخ فكما ان الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته فكذلك لا يجوز من النسي عن (قوله في دار

او ذمى بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينقضي باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه للحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبدا عند الموت او دبر عبدا في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بيننا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمى بوصية جازلانه في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد ماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف ره انه لا يجوز لانه مستأمن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الابالجزية ولو اوصى الذمى باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله مله واحدة ولو اوصى لمحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية اخيه والله اعلم

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن اوصى الى رجل فقبل الوصى في وجه الموصى وردها في غير وجهه فليس يرد) لان الميث مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صرح رده في غير وجهه في حيوته او بعد ماته صار مغرورا من جهة فردده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه من قاصر على التصرف بنفسه (فان ردها في وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة

الاسلام يتعلق بقوله اوصى لمحربي اي لو اوصى الذمى في دار الاسلام لمحربي في دار الحرب الالتزام لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة ومكنا وكذا لفظ الميسوط ولان الذمى لو اوصى لمحربي في دار الاسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم او ذمى بوصية جاز

(قوله) وإذا كانت الخ يعني لما كانت خلافته كالارث صبح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث وإذا
 صبح البيع ~~في الاما~~ حكمه النفاذ البيع فلا يملك رده بعد ذلك كـ (قوله) وقد بينا الخ يعني ان العلم بالوكالة
 يثبت بخبر واحد صرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيها كان او بالغا وكذلك العزل
 عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند ابي حنيفة يشترط العدد والعدالة حتى لا يثبت العزل عنده
 الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد

٥٢٥

العدل عن (قوله) وان لم
 يقبل الخ يعني ان الوصي
 اذا سكنت في حياة الموصي
 ثم بعد مماته قال لا قبل
 فهو وصي ان لم يخرج
 القاض حين قال لا قبل
 (قوله) فله ذلك وفي قول
 زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد
 لانه لما رد فقد بطل التفويض
 واذا بطل التفويض لا يجوز
 قبوله بعد ذلك عن (قوله)
 وضرر الوصي الخ هذا جواب
 سؤال مقدر بان يقال كما
 يلزم الضرر بالميت في
 بطلان الوصية بقوله لا قبل
 يلزم الضرر بالوصي في بقاء
 الايصاء ولزومه لانه يعجز
 عن القيام بذلك (قوله)
 لانه مجتهد فيه اي لان قضاء
 القاض صبح لوقوعه في
 المجتهد فيه فلما صح القضاء
 بطلت الوصية فقبوله بعد
 ذلك يكون بعد بطلان
 الوصية فلا يصح عن (قوله)
 الى عبد اي الى عبد غيره
 لقوله بعده لتوقى ولاية

الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصوره من الوصي
 وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع
 حيث لا يتفقدان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت
 فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالورثة اما
 التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه
 كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم بشرط الاخبار فيما
 تقدم من الكتب (وان لم يقل حتى مات الموصي فقال لا قبل ثم قاله
 اقبل فله ذلك ان لم يكن القاض اخرجه من الوصية حين قال لا قبل)
 لان بمجرد قوله لا قبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر
 الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولي الان القاض
 اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاض ولاية دفع
 الضرر بما يعجز عن ذلك فيتنصر ببقاء الوصاية في دفع القاض الضرر
 عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين
 فلهذا ينفذ اخراجه ولو قال بعد اخراج القاض اياه اقبل لم يلغى اليه
 لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاض قال (ومن اوصى الى عبد
 او كافر او فاسق اخرجهم القاض عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا
 اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد
 في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية
 ستبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره
 معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه
 الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة
 وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم
 النظر لتوقى ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها
 والمعاداة الدينية الباعثة للكفر على ترك النظر في حق المسلم واتهام

العبد على اجازة المولى كـ (قوله) ستبطل يدل عليه ما ذكر في الايضاح ولو تصرف العبد قبل ان يخرج
 القاض فقد تصرفه لانه اهل التصرف لكن يخرج القاض للمعنى الذي ذكرناه وهو ان منافع بدنه
 مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف الى ورثة الموصي وقبل الاخراج الوصاية باقية فتنفذ تصرفه كـ

(قوله وهذا الخ اى كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لحيافته يصلح عنرا في اخراج الفاسق من الوصاية وجعل غيره وصيا مكانه لان الميت إنما اوصى اليه لينظر في ماله واو لا بالمعنى
والصيانة وبالحيانة يرتفع

﴿ ٥٦٦ ﴾

الفاسق بالحيانة فيخرج القاض من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما
للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح
عنرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة
كبار لم تصح الوصية) لان للكبير ان يمنع او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري
فيعجز عن الرفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم
فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل
قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف
وجه القياس ان الولاية منعقة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات
الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية
الصادرة من الاب لا تنجز وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع
رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون
اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس
لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار
كال مكاتب والوصاية قد تنجز على ما هو المروى عن ابي حنيفة
او نقول يصار اليه كيلا يودى الى ابطال اصله وتغير الوصف لتصحیح
الاصل اولى قال (ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه
القاض غيره) رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان تكميل النظر
يحصل بضم الآخر اليه لصيافته ونقض كفايته فيتم النظر باعانة غيره
ولو شكى اليه الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاض عجزه اصلا
استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امين فله ليس
للقاض ان يخرج له لانه لو اختار غيره كان دونه مال انه كان مختارا للميت ومريضه
فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته قالوا ان يقدم على غيره
وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصى الى القاض فانه لا ينبغي له ان

الصيانة فلا يحصل الغرض
من الصيانة عن (قوله
مستبد احتراز عن ايضاء الى
عبد الغير فانه لا استبداد له
في التصرف وعن الايضاء
الى عبد نفسه وفي الورثة
كبير لان الكبير ان يبيع
نصيبه منه فلا يبقى ح للعبد
الاستبداد بنفسه واما فيما
نحن فيه فلا يملك بيعه احد
فكان مستبدا بالتصرف وفي
الاسرار فان قيل للقاض
ولاية البيع في هذه المسئلة
قلنا اذا ثبت الايضاء للعبد
لم يبق للقاض ولاية البيع
ك (قوله وصار اى الايضاء
الى العبد القن كالايضاء الى
المكاتب فذلك يجوز فكندا
هذا عن (قوله اى ولاجل
ان وصى الميت مختارا للميت
قدم على اب الميت في
التصرف فبالطريق الاولى
ان يقدم الوصى على وصى
القاض النى هو غير الميت
من (قوله وهذا نقض
الموضوع لان الوصى انما
يملك الولاية من الموصى
ولا يئنه لا تنجز اذا لا

(بعزله)

يقال ان ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت النجزي في ولاية الموصى ثبت في ولاية الوصى لكنه
غير متجزى فكان هائدا على موضوعه بالنقض هنا

(قوله الا في اشياء معدودة وانما قال الا في اشياء معدودة لاختلاف العلماء فيها فذكر في الاسرار سنة من تولى الميراث وقضاء الدين بجنس محقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة ﴿ ٥٦٧ ﴾

يعزله حتى تبدله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميراث غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميراث انما نصبه وصيا لمانته وقدرات ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصى له قال (ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا في اشياء معدودة تبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصى شرعى لا تنجز فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافه وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتا للوصى وقد كان بوصى السكمان ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فبراعى وصى التفويض وهو وصى الاجتماع اذ هو شرط مفيد ومارضى الموصى الاب للمثنى وليس الواحد للمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طال بينه بانكاحها من كفوي يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصى ولهنما يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصع وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه لان ولاية التصرف لهما فاذا تصرف وحده فلا يصح اصله الدين الذى عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لامن باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابداهي ما استثناه في الكتاب واخوانها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهنما ملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا (ورد الوديعة بعينها ورد المقصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الدين) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين

وحكى عن ابي بكر الاسكافى ان الخلاف فيها جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وعنده يثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة كـ

(قوله وتنفيذ وصية الخ اي كذلك تنفيذ الوصية بشئ بعينه اذا كان يخرج من الثلث فللموصى له ان يأخذه وكذلك لاحدهما ان يعينه على ذلك التسليم قال في شرح الطحاوي وكذلك لان تنفيذ الوصية من جنس ذلك المال الذي اوصى به نجوما اذا اوصى بدراهم الرجل فادى احد حصص الوصية من الدراهم او كان ثيابا فادى من جنس تلك الثياب من حيث انه لا يحتاج الى التصرف فانه يجوز اداؤه فاما اذا احتاج الى بيع شئ

٥٦٨

اذا ظفر به جنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي (وتنفيذ وصية بعينه وعنف عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الراي (والخصوصية في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفردها احد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والنسب في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع مايخشى) عليه القوي والثاني لان فيه ضرورة لا تغنى (وجمع الاموال المضاعفة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية في الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بامانتهم جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفردها كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذ وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضى برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحدا لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاض مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاض اليه وصيا آخر نظرا للميت عند حجره وعند ابي يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد ان يخلفه منصفا في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخره كان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحى فللحى ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاض الى نصب وصى آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا يتفرد بالتصرف لان الموصى ماضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضىه المنوفى واذا مات الوصى واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركه الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركه الميت الاول اعتبارا بالنسبة في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضى برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصى يتصرف بولاية

حتى يؤدي من ثمنه الوصية فان ذلك البيع لا يجوز الابادن صاحبه كذا ذكره الامام الاسبيجاني عن (قوله لان الاجتماع الخ) كاحد الوكيلين بالخصوصية ينفردهما احدهما فاحد الوصيين ادلى لان ولاية الوصى اعم ولهذا كان للوصى ان يوصى الى غيره بخلاف الوكيل ليس له ان يوكل غيره عن (قوله وفي الجامع الصغير الخ) ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اى قبضه ليس كقضاء بل هو على الاختلاف ع (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء اى القبض في عرفهم فيكون على الخلاف وفي عرفنا يراد به الطلب فيملكه كل واحد منهما ك (قوله لان وجوب الخ اى لان وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبت الوصية

(منقولة)

لهما جميعا بخلاف الوكالة وقد يوصى الانسان الى غيره

على ظن انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى الموكل قائم هناك واذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثاني الى الاول وانما كان قصده اقامة كل واحد منهما منابه بالانفراد ك

(قوله الى الجيد في النفس يعني اذامات الاب كان ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتفى عنه لان له خلقا من الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلق يعدل عن الاصل عند عتق الجيد (قوله قائم مقام الاب الخ الاب كان له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجيد له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره ٥٦٩) وغيره مقامه وكذلك الوصى كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه

فكذلك الوصى لقيامه مقامه كـ (قوله وعند المارث الخ اى عند موت الوصى كان للوصى ولاية في الترتين اى تركه نفسه سواء تركه باعتبار ما يؤل اليه وتركه موصيه اما في تركه موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزله فيهما ع (قوله تلافى ما فرط منه اى تدارك ما سبق من الميت من المقصور ولو قال ما فرط فيه بالنشيد كان اولى اى ما قصر فيه ع (قوله ويصير مغرورا بشراء الخ فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استرلها الوارث ثم استعقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها الوارث من آخر والمسئلة بعالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره ع (قوله فصحت قسمته الخ لان ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار والوصى

منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى في المال والى الجيد في النفس ثم الجيد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في الترتين فينزل الثاني منزله فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعثر به النية قبل تنميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الركيل لان الموكل حتى يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاصدة الوصى الوصى له عن الورثة جائزة ومقاصدة الورثة عن الوصى له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصى ليس له ان يشارك الوصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد ولا يرد بالعيب عليه ولا يصير مغرورا بشراء الوصى فلا يكون الوصى خليفة عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الوصى له شريك الوارث فيتنوى ما تنوى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة قال (فان قاسم الورثة واخذ نصيب الوصى له فضاع رجع الوصى له بثلث ما بقى) لما بينا قال (وان كان الميت اوصى بجهة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقى وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع ما في يده) وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشىء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشىء لان القسمة حق الوصى ولو افرز الوصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك ولا يلزمه شىء وبطلت الوصية فكذا

له خصم والقسمة بين النصيبين نفذت كـ (قوله ولا يصير مغرورا الخ حتى لو كالموصى به جارية فاستولكها الموصى له ثم استعقت اخنها المستعق ولدها ولا يصير الولد حرا بالقيمة بحكم الغرور بخلاف الوارث كـ (قوله غير ان الوصى الخ جواب سوال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ع

(قوله فقسمة جائزة ذكر الامام المعبري ان هذا الجواب فيما اذا كان النكحة ما يكال اويوزن لان القسمة فيه تمميز لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضاء ويبيع ما بينهما ان يبيع نصيبه مراعاة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة لمبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكنا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم وهي ما توزن ع (قوله لان الوصية صحيحة قال الفقيه

﴿ ٥٧٥ ﴾

اذا افترزه وصيه الفى قام مقامه ولا يي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقى محلها واذا لم يبق بطلت لغوات محلها ولا يي حنيقة ره ان القسمة لا ترد لانها بل لمقصودها وهي تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيجوز بثلث ما بقى لان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاض فقسما والموصى له غائب فقسمة جائزة) لان الوصية صحيحة ولهذا اومات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاض نصب ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصى عبدا من النكحة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكنا اذا اتلاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالضرورة والبيع لا يبطل بالمالية لغواتها الى خلف وهو الثلث بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا فبخلافه قال (ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع في بلد فاستحق العبد من الوصى) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضى ببطل الثلث الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى المباع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول ولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاض او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضى

العنابي في شره للجماع الصغير والوصية للغائب صحيحة لان قبضه ليس بشرط عن (قوله فننفذ ذلك والفرق بين القاضى حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصى حيث لم يجوز مقاسمته على الموصى له ان للقاضى ولاية على الغائب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف فكان قسمته كقسمة الموصى له والوصى لا يملك بيع شىء من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه اصلا فلم ينفذ قسمته عن (قوله بخلاف العبد الخ اى بخلاف العبد المادون المديون حيث لا يبعه مولا او وصيه بغير محضر من الغرماء لان لهم حق الاستسعاء حتى ياخذ واكسبه فيكون البيع مبطلا لحقهم فلم ان يبطلوا البيع محققا لحقهم وهذا حق الغرماء

في الثمن لا غير فيكون البيع محققا لحقهم لا مبطلا فكان بيع الوصى بمحضر من الغرماء وغير محضر منهم سواء عن (قوله بغير رضاه لان رضا المشتري باخذ الوصى الثمن انما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم له) قوله لا يرجع اى لا يرجع الوصى على احد لانه ضمن بقبضه اى لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشىء ك

(قوله لم يرجع بشئ اى لاعلى الورثة ولاعلى المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع
 الالميت كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة عمالا الى المنتقى ان الوصى
 يرجع به الدين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصى عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم
 وهذه الرواية يخالف رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم تصرف وهو الثواب والفقير تبع له ع
 قوله وان كان الاول الخ
 ٥٧١

وان كانا سواء ذكر انه لايجوز
 كذا ذكره الامام المجبوبي
 وفي الذخيرة وان كان الثاني
 مثل الاول في الملاء فقد
 اختلف المشايخ فيه وشارف
 الكتاب الى انه لايجوز ك
 قوله على بعض الوجوه
 وهو انه اذا لم يكن مليا
 يتأخر الاداء والتأخير
 اتلاف من وجه ك (قوله
 لانهم يتصرفون الخ اى
 يتصرفون باهليتهم لا بامر
 المولى لان الاذن فك الحجر
 فلم يكن تصرفهم نيابة عن
 احد بخلاف الوصى ع
 قوله لان ذلك احوط لانه
 لو كتب كتابا واحدا اوجع
 بين الوصية والشرى ويشهد
 من الشهود من لم يشهد
 الشهادة على الوصية فعند
 اداء الشهادة عسى ان يشهد
 بجميع ذلك فيكون شاهد
 زور ك (قوله ولو كتب
 جملة بان كتب اشترى من
 فلان وصى فلان واشهد عليه
 قوما وفيهم من لم يشهد على
 الايصاء فربما يشهد بالكل
 فيكون حملا له على الكتاب
 وهذا لانه قلما يتفق ان

تعطيل القضاء اذ يتحامي عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة
 فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصى لانه
 بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت
 او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال
 (وان قسم الوصى الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عيب فباعه وقبض الثمن
 فهلك واستخف العبد رجع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير
 على الورثة بحصته لان تقاض القسمة باسئعاق ما اصابه قال (واذا احتال
 الوصى بمال اليتيم فان كان غير اليتيم جاز) وهو ان يكون املاء اذ لولا
 نظرية وان كان الاول املاء لايجوز لان فيه تضییع مال اليتيم على بعض
 الوجوه قال (ولايجوز بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله)
 لانه لا ينظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التجرز عنه ففي
 احتباره انسداد بابيه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم
 وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية
 والاذن فك الحجر بخلاف الوصى لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا
 في تقييد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع
 لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب
 كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو
 كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير
 ذلك حملا له على الكتاب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان
 ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية
 تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز في كل شئ
 الا في العقار) لان الاب يلى ما سواه ولا يلىه فكذا وصيه فيه وكان
 القياس ان لا يملك الوصى غير العقار ايضا لانه لا يملكه
 الاب على الكبير الا انا استحسانا لما انه حفظه لتسارع الفساد
 اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحض

يكون الشهود على الامر بن فريقا واحدا كافي (قوله الغائب قيد بالغيبة لانهم اذ كانوا حضورا
 ليس للوصى التصرف في التركة اصلا لكن يتقاض ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة
 الا اذا كان على الميت دين او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفدوا الوصية من
 ما لهم فانه يبيع التركة ع

(قوله وهذا الجواب في تركه هؤلاء قيد به لان الوصى كالوصى وهم لا يملكون الا الحفظ فكذا وصيهم فان كان للصغير مال لامن تركتهم لا يملك وصيهم حفظه لان ولايته الحفظ مقصورة على تركه وصيهم) (قوله في تركه هؤلاء يعنى الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصى هؤلاء فيه تركه وليس كوصى الاب في الكبير الغائب فان وصى الام لا يملك على الصغير بيع ماورثه الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه

٥٢٧

بنفسه قال (ولا ينجز في المال) لان المفروض اليه الحفظ دون التجارة وقل ابو يوسف ومحمد روى وصى الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الاب في الكبير الغائب وكذا وصى الام ووصى العم وهذا الجواب في تركه هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال (والوصى احق بمال الصغير من الجمد) وقال الشافعي الجمد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى امرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايضاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لان اختياره الوصى مع علمه بقيام الجمد بدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه (فان لم يوص الاب فالجمد بمنزلة الاب) لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصى غير انه يقدم عليه وصى الاب في التصرف لما بيناه (فصل في الشهادة) قال (واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة) لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينان لانفسهما قال (الا ان يدعيها المشهود له) وهذا استحسن وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء اوضح آخرهما برضاؤه بدون شهادتهما فنسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بتنصب القاضي قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهوينكر لانهما يجبران الى انفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعنى الوصيين (لوارث صغير بشىء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة) لانهما يظهرا ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند ابي حنيفة وقالوا ان شهد الوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ ولاية بيع المنقول

قائم مقام الام فانها في حيوتها لا تملك بيع ماورثه الصغير فكذلك وصيها واما ماورثه 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 فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا بيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الاخ والعم لانه كما لا ولاية لام على الصغير في المال كذلك لا ولاية لاخ والعم عليه عناية (قوله ان للقاضي الخ فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا

(عند)

آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذا عند اداء الشهادة اذا تمكنت الشبهة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الرصيين والوصى لهما والوارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصى وهناك تقبل الشهادة فكذا ههنا ك

(قوله بخلاف شهادتهما الخ لان الوصي انما صار خصما بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث
 واما فيما يتعلق بالشهادتين على الاجنبى لبطريق الارث هو كاجنبى آخر كـ (قوله مع ابى يوسف
 اى لايجوز لهما كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر لافى حق الدين ولافى الوصية بالف درهم
 مثل قول محمد اى تجوز

﴿ ٥٧٣ ﴾

شهادة كل فريق من
 الشاهدين فى حق الآخر
 فى حق المسلمين ولايجوز
 فى حق الوصية بالف
 درهم فصار عن ابى حنيفة
 روايتان وعن ابى يوسف
 كذلك وعن محمد رواية
 واحدة كـ (قوله يجب
 فى النعمة بخلاف الوصية
 لان الحق بالوصية لا يثبت
 فى النعمة وانما يثبت فى
 العين فصار المال مشتركا
 بينهم عن (قوله مثبتة
 الخ فشهادة كل فريق يلاقى
 محلا مشتركا فهو نظير
 مسألة الوصية بالثلث وهذا
 لان المقصود من اثبات
 الدين بعد الموت الاستيفاء
 من التركة وباعتبار المقصود
 يتحقق الشركة بينهم فيه
 عن (قوله لانه لا شركة
 لان كل واحد من الفريقين
 يثبت الحق للمشهود لهما
 فى ذلك المحل عن (قوله

عند غيبة الوارث فتحققت النعمة بخلاف شهادتهما فى غير التركة
 لانقطاع ولاية وصى الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه فى تركته لا
 فى غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بمدين الف درهم
 وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة
 كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز) وهذا قول ابى حنيفة
 ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل فى الدين ايضا وابو حنيفة فيما ذكر
 الحصاصى مع ابى يوسف وعن ابى يوسف مثل قول محمد وجه
 القبول ان الدين يجب فى النعمة وهى قابلة لمفروق شفى فلا شركة ولهذا
 لو تبرع اجنبى بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الردان
 المدين بالموت يتعلق بالشركة والنعمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما
 حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة
 فتحققت النعمة بخلاف حال حيوة المدين لانه فى النعمة لبقائها لا
 فى المال فلا يتحقق الشركة قال (ولو شهدا انه اوصى لهذين
 الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده
 جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا نعمة (ولو شهد انه اوصى
 لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين
 بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين
 الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله
 فهى باطلة) لان الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الحشى

فصل فى بيانها قال (واذا كان للمولود فرج وذكر فهو حشى فان كان
 يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى) لان النبى
 عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن على رضى الله
 عنه مثله ولان البول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو

فالشهادة باطلة وهذا لان الثلث مشتركا بين الموصى لهم فشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركا
 بين المشهود له والشاهد عن (قوله باطلة لانهما اوجبا شركة لانفسهما فيما شهدا به للاخرين
 وكذلك اذا شهدا للاخرين بالف مرسله ايضا كـ

(قوله) فالحكم للسبق لان السابق من اسباب التدرج جميع قبل السابق على انه هو المجرى الاصلى وخروجه بعد ذلك من موضع آخر انصراف عن المجرى لعل ادعاض فلا يلتفت اليه عن (قوله) دلالة اخرى والفقه فيه ان حين وجد الاول لم يكن له معارض فاخذ اسم المبال قبل ان يأخذ الاسم الثاني بعرضه الاول

حين وجوده فترجع السابق
ك (قوله) وان كان الخ
اي اذا كان بوله في الخروج
والكثرة على السوء كان
مشكلا بالاتفاق وفي شرح
الطحاوي وقال ابو يوسف
ومحمد يعتبر الاكثر منهما
فان استويا في الكثرة
قالوا جميعا لاعلم لنسابه
ك (قوله) لان هذه من
علامات الذكر ان وقوله
في ذلك مقبول لانه امر
في باطنه لا يعلمه غيره
وقول الانسان مقبول فيما
يخبر عما في باطنه مما
لا يعلمه غيره عن (قوله)
في احكامه اي احكام الخنثى
المشكل وهو النى لم يظهر
فيه احدى علامات
او تعارضت العلامات
وتدكير الضمير
الراجع الى الخنثى لتغيب
الذكر على الانثى
لان فيه جهة الذكورة وجهة

الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للسبق) لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلى (وان كانا في السابق على السواء فلا يعتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقال ينسب الى اكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان لاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجع بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجع قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له الحية او وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ندى مستولا ن هذه من علامات الذكر ان (ولو ظهر له ندى كندى المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حمل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم (فصل في احكامه) قال الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والا وثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل للرجال كيلا تفسد صلواتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف النساء فامب الى ان يعيد صلوته) لاحتمال انه رجل (وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد النى عن يمينه وعن يساره والنى خلفه بحدائهم صلواتهم احتياطا) لاحتمال انه امرأة قال (واحب البنا ان يصل بقتاع) لانه يحتمل انه امرأة (ويجلس في صلوته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة (وان كان امرأة فقد ارتكب مكرها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد) لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه (وتبتاع له امة تخنثه ان كان له مال) لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره

(ان يخنثه)
لان فيه جهة الذكورة وجهة
الانثى عن (قوله) ويعيد النى الخ وفي البسوط والمراد بالاعادة على طريق الاستحباب لما بيننا ان محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم ومبنى العباداة على الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا صلواتهم لهذا ك

(قوله ويكرهه الخ قوله في حيوته لابقيد زيادة فائدة لان الحيوة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة وبعد الموت الالباس والكراهة لللبس الا انه اتبع لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط وذلك لان ليس الحلى والحريز لايحل للرجال ويباح للمرأة فكان الاحتياط في ترك لبسه كمن يكون واقعا في ٥٧٥ الحرام ان كان رجلا ك(قوله وان يتكشف قدام الرجال لاحتتمال انه امرأة وقدام النساء لاحتتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى ليتكشف للنساء فانه ليس المراد من الكشف ابدا العورة لان ذلك لايحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي نظر المرأة الى المرأة روايتان ك(قوله وان يخلوبه الخ وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان فاذا خلا الخنثى برجل فمن الجائز انه امرأة فيكون هذا خلوة رجل بامرأة اجنبية واذا خلا بامرأة فمن الجائز انه ذكر خلا باجنبية والمراعاة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة لان المنع لخوف

ان يخته رجل لانه عساه انثى او تخته امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له ماله ابتاع الامام امة من بيت المال) لانه اعد لنوايب المسلمين (فاذا خنته تباعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكرهه في حيوته ليس الحلى والحريز وان يتكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلوبه غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتتمال المحرم (وان احرم وقدر اهق قال ابو يوسف لاعلم في لباسه) لانه ان كان ذكر ايكراهه ليس المخيط وان كان انثى يكرهه تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افجش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق او عناق ان كان اول ولد تلذنيه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى) لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي مر اوقال (كل امة لي مرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره) لما قلنا (وان قال الغولين جميعا عتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس به مهمل (وان قال الخنثى ان ارجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله) لانه اعلم بحاله من غيره (وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتنوق لاحتتمال الحرمة (ويهم بالصعيد) لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهاقا غسل رجل ولا امرأة لاحتتمال انه ذكر او انثى (وان سجن قبره فهو واجب) لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان ذكرها فالتسجبة لا تنصره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مابلى الامام و الخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتتمال انه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتتمال انه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى

الفتنة عن (قوله او يسافر الخ قيد بقوله من الرجال لانه يكره ان يسافر معه امرأة محرما كان او غير محرم لانه من الجائز انه انثى فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما وذلك حرام ك(قوله يكرهه الخ فان المرأة في احرامها يلزمها ليس المخيط ويجرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لاعلم لي به ك

(قوله نعش المرأة الذعش شبه المحفة مشيت يطبق على المرأة اذا اوضعت على الجنابة وقد تقدم في كتاب الصلوة ع (قوله ولا بائس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلث في كفن الرجل لا يضره كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حياته زيادة على الثلث واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلث ترك السنة فان السنة للمرأة ان تكون خمسة اثواب فكان

﴿ ٥٧٦ ﴾

احوط الوجهين ما ذكرنا ك (قوله الان يتبين الخ استثناء من قوله وهو انثى عنده في الميراث يعني ان الخنثى يعتبر انثى في الميراث عند ابي حنيفة الا اذا تبين غير كونه انثى بان يظهر فيه احدى علامات الذكورة بسلامة فح يعتبر ذكرا عن (قوله وقال للخنثى الخ هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب لان محمدا مع ابي حنيفة في عامة الروايات ويحتمل ان يراد انهما قالا على قياس قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى ك (قوله واختلفوا الخ ثم التفتاوت بين تخريجهما ان على تخريج قول ابي يوسف ما كان نصيب الخنثى اكثر مما نصيبه على قول محمد فان ثلثة من سبعة اكثر من خمسة

لا احتمال انه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو اوجب الى) لا احتمال انه عورة (ويكفن كما يكفن الجارية وهو اوجب الى) يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا بائس بذلك (ولومات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الان يتبين غير ذلك) وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيقتها هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكر ا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك سنة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وفي حال يكون اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهما للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولا ي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فيعطين نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واخنا لابي وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واخنا لابي وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة

من اثني عشر لانا لو زدنا نصف سبع على ثلثة اسباع يصير نصف المال والخمسة لا يصير نصف المال الا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس اكثر من نصف السبع فثبت ان ما قاله ابو يوسف انفع للخنثى ك (قوله والخنثى ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت والبنات في الميراث نصف كل المال فيكون له ثلثة ارباع نصيب الابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ع

(قوله فاذا جاء من ذلك اى اذا جاء من الایماء والكتابة ما يعرف انه اقرار فهو يكون وصية وانما ما يعرف انه اقرار لان ما يسمى من الاخرس واعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون دلالة الانكار كما اذا حرك رأسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار كما اذا راسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم ك (قوله يعتقل لسانه على بناء المجهول يقال اعتقل لسانه بضم

﴿ ٥٧٧ ﴾

الربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب (مسائل شتى) قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فامس براسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الندي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى والعارضى كالوحيش والمنوحش من الاهلى في حق النكاح والفرق لصعابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتنع ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضى على شرف الزوال دون الاصلى فلا ينقاسان وفي الابدنة عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يوصي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشرأؤه ويقتض له ومنه ولا يحد ولا يجحد) اما الكتابة فلانها من نأى بمنزلة الخطاب من دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وادراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تغنص بلغظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا والحاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذق فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القننى لانعدام القننى صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انهم لو شهدوا بالوطئ الحرام او اقر بالوطئ الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد

(جملد الثاني) (الهداية مع الكفاية) ٣٧ (قوله ولا يحد اى حد كان

فينناول جميع الانواع اى لا يحد الاخرس اذا كان قاذفا بالاشارة او الكتابة وكذا اذا اقر بالزنا او السرقة او الشرب لان المقر على نفسه ببعض الاسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة ك

(قوله فجاز ان يثبت الخ اقول انه مخالف لما صرح به فيهما في هذه مواضع من هذا الكتاب من ان القصص ايضا يندرج بالشبهة كما مر في كتاب الشهادة وكتاب الكفالة وكتاب النكاح فتأمل عبد الحليم (قوله اما الحدود الخ قيد الخاصة محل هناك فان حد القنفذ غير تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق

﴿ ٥٧٨ ﴾

العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيهما فلا يتم التقريب بالنظر اليه نت (قوله زيادة بيان لانه يفهم منه المقصود بلاشبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ايهام ع (قوله لما انه اقرب الخ اي الاشارة اقرب الى الكلام من الكتابة لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة ماضل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارة بيده او برأسه فكان المتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل منه فكان الاعتبار لما هو اقرب الى الموضوع للبيان اولى ك (قوله تجرى فيها واكل وهذا بخلاف الثياب فانه يتجرى فيها بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا وهذا لان حكم الثياب اخف ولهذا لو لم يكن معه الاثوب واحد وربعة طاهر يصلى فيه بالاجماع وان كان ثلثة ارباعه نجسا واما

وهذا لان القصص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخاصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مغايرًا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق الآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ماتوهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اثار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تجرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يجعله تناول في جميع ذلك لان الميتة المتبقية تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتجرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التجري دليل ضروري فلا يصر اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا يتخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

م

اذا كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتغير بين ان يصلى فيه وبين ان يصلى عريان قاعدا بالايماء فلما جازت الصلوة في ثوب نجس حالة الضرورة فلان يجوز بالتجرى حالة الاشتباه اولى كفايه

فهرست الجلد الثاني من الهداية

صفحة	مصحف	صفحة
١	كتاب البيوع	١٢٣
٦	فصل دخول البناء في بيع الدار من غير	١٣٤
٠	تسوية	١٣٧
٨	باب خيار الشرط جائز	١٣٩
١٣	باب خيار الرؤية	١٤١
١٧	باب خيار العيب	١٤٦
٢٣	باب البيع الفاسد	١٥٣
٣٦	باب الاقالة	١٦١
٣٧	باب المراجعة والتولية	١٦٥
٤٣	باب الربوا	١٦٩
٤٨	باب المحقوق	١٧٤
٤٩	باب الاستعناق	١٧٧
٥٣	باب السلم	١٨١
٦٩	كتاب الكفالة	١٨٧
٨٠	باب كفالة الرجلين لآخر	١٩٢
٨١	باب كفالة العبد	٢٠١
٨٣	كتاب الموالة	٢٠٦
٨٤	كتاب ادب القاضي	٢١٠
٨٨	باب كتاب القاضي الى القاضي	٢١٤
٩١	باب التحكيم	٢١٨
٩٥	فصل في القضاء بالميراث	٢١٩
٩٩	كتاب الشهادة	٢٢٢
١٠٥	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل	٢٢٦
١١٠	باب الاختلاف في الشهادة	٢٣١
١١٣	باب الشهادة على الشهادة	٢٣٥
١١٦	باب الرجوع عن الشهادة	٢٣٦
١٢٠	كتاب الوكالة	٢٣٧
	باب الوكالة بالبيع والشراء	
	باب الوكالة بالحصومة والقبض	
	باب عزل الوكيل	
	كتاب الدعوى	
	باب اليمين	
	باب النعاقب	
	باب ما يدعى الرجلان	
	باب دعوى النسب	
	كتاب الاقرار	
	باب الاستثناء	
	باب اقرار المريض	
	كتاب الصلح	
	باب التبرع بالصلح والتوكيل به	
	كتاب المضاربة	
	باب دفع المضارب مضاربة	
	كتاب الوديعة	
	كتاب العارية	
	كتاب الهبة	
	باب ما يصح الرجوع عنه	
	كتاب الاجارات	
	باب وقت استعناق الاجر	
	باب جواز الاجارة	
	باب الاجارة الفاسدة	
	باب ضمان الاجير	
	باب اجارة العبد	
	باب الاختلاف	
	باب فسخ الاجارة	

صفحة	كتاب المكاتب	صفحة	كتاب الصيد
٢٤٠	باب جواز فعل المكاتب	٤١١	كتاب الرهن
٢٥٤	باب من يكاتب عن العبد	٤١٨	باب جواز الرهن وعدمه
٢٥١	باب كناية العبد المشترك	٤٢٨	باب الرهن بوضعه على يد العبد
٢٥٢	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولاه	٤٣٣	باب تصرف الرهن والجنابة عليه
٢٥٦	كتاب الولاء	٤٤٨	كتاب الجنابات
٢٥٩	كتاب الاكراه	٤٥٠	باب موجب القصاص وغيره
٢٦٤	كتاب الحجر	٤٥٦	باب قصاص ما دون النفس
٢٦٩	باب الحجر للفساد	٤٦٦	باب الشهادة في القتل
٢٧١	باب الحجر بسبب الدين	٤٦٨	باب حالة القتل
٢٧٥	كتاب المأذون	٤٧٠	كتاب النباب
٢٧٨	كتاب الغصب	٤٨٥	باب ما يجزئ الرجل في الطريق
٢٨٧	كتاب الشفعة	٤٩٣	باب جنابة المهيمة والجنابة عليها
٣٠١	باب طلب الشفعة	٤٩٩	باب جنابة المملوك والجنابة عليه
٣٠٤	باب وجوب الشفعة وعدمه	٥١١	باب غصب العبد والمجهر والصبي
٣١٢	باب بطلان الشفعة	٥٠٠	والجنابة في ذلك
٣١٦	كتاب القسمة	٥١٥	باب القسمة
٣١٩	باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق	٥٣٢	كتاب الوصايا
٣٢٨	كتاب المضاربة	٥٣٨	باب الوصية بالثلث
٣٣٢	كتاب المساقات	٥٤٩	باب العتق في مرض الموت
٣٣٨	كتاب التبائع	٥٥٣	باب الوصية للاقارب وغيرهم
٣٤١	كتاب الاضحية	٥٥٨	باب الوصية بالسكنى والخمس والتمرة
٣٤٩	كتاب الكراهية	٥٦٢	باب وصية الذمي
٣٥٧	كتاب احياء الموات	٥٦٤	باب الرضى وما يملكه
٣٧٩	كتاب الاشربة	٥٧٣	كتاب الخنثى