



للمملكة العربية السعودية
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للفقه
قسم الفقه المقارن

المحيط

المعروف بـ " المحيط البرهاني في الفقه النعماني "
لبرهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة البخاري (٥٥١ - ٦١٦)

تحقيق القسم الخامس
من أول كتاب " الكراهية والاستحسان "
إلى نهاية كتاب " الهبة والصدقة "

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

إعداد الطالب

علي بن ناصر بن صالح السحيباني

إشراف فضيلة الشيخ

عبدالله بن عبدالرحمن الغديان

عضو هيئة كبار العلماء وعضو اللجنة الدائمة للإفتاء

المجلد الثاني

العام الدراسي / ١٤١٩

المملكة العربية السعودية
معقة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للفقاء
قسم الفقه المفاړن

المحيط

المعروف بـ " المحيط البرهاني في الفقه النعماني "
لبرهان الدين محمود بن أحمد ابن مازه البخاري (٥٥١ - ٦١٦)

تحقيق القسم الخامس
مر أول كتاب " الكراهية والاستحسان "
إلى نهاية كتاب " الهبة والصدقة "

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

إعداد الطالب

علي بن ناصر بن صالح السحيباني

إشراف فضيلة الشيخ

عبدالله بن عبدالرحمن الغديان

عضو هيئة كبار العلماء وعضو اللجنة الدائمة للإفتاء

المجلد الثاني

العام الدراسي / ١٤١٩

الفصل الثامن والعشرون

في الرجل يخرج إلى السفر ويمنعه الوالدان ^(١) ، [أو أحدهما ، أو غيرهما من
الأقارب ، أو يمنعه الدائن] ^(٢) والعبد يخرج ويمنع المولى ،
والمرأة [تخرج] ^(٣) ويمنعها الزوج . ^(٤)

قال محمد في السير : ولا يخرج الرجل إلى الجهاد ، وله أب أو أم إلا بإذنه ^(٥) إلا
في ^(٦) النفي العام ، والأصل في ذلك : ما روي عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن أفضل
الأعمال فقال ^(٧) : « الصلاة لوقتها ، ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله » ^(٨) . فهذا
تنصيص على تقديم بر الوالدين على الجهاد ، والمعنى : أن الجهاد فرض عام ينوب البعض

(١) في (ج) ، و (هـ) « ويمنعه أبواه » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٣) في (ب) « يخرج » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) في (د) « إلا بإذنها » .

(٦) في (ج) « إلا من » .

(٧) في (ب) « أفعال » .

(٨) أخرجه الإمام البخاري في الأدب ، باب ١- البر والصلة (١٠/٤١٤) الحديث رقم ٥٩٧٠ ولفظه

: قال عبد الله : سألت النبي ﷺ أي العمل أحب إلى الله عز وجل ؟ قال : « الصلاة على وقتها »

قال : « ثم أي » ، قال : « ثم بر الوالدين » ، قال : « ثم أي ؟ قال : « الجهاد في سبيل الله » .

والإمام مسلم في الإيمان (١/٨٩) باب ٣٦ ، الحديث رقم ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ (٨٥) عن

عبد الله بن مسعود - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وعنده « أي العمل أفضل ؟ وأي الأعمال أقرب إلى الجنة ؟ وأي

الأعمال أحب إلى الله ؟ » .

والترمذي في البر والصلة باب ٢ (٤/٢٧٤) الحديث رقم ١٨٩٨ .

وابن أبي شيبه في المصنف (٤/٥٦١) كتاب الجهاد ، باب ١ ، الحديث رقم ٦ .

وعبد الرزاق في المصنف (١١/١٩٠) الحديث رقم ٢٠٢٩٥ ، أي الأعمال أفضل .

فيه عن البعض وطاعة الوالدين وبرهما فرض خاص لا ينوب البعض فيه عن البعض. ولا شك أن الاشتغال بالفرض الخاص الذي لا ينوب عنه غيره فيه ^(١) أولى من الاشتغال بالفرض العام الذي ينوب عنه فيه غيره ، وهذا استحسان ، والقياس ^(٢) أن يخرج بغير إذنهما .

ولو أراد أن يخرج من بلدة إلى بلدة للتجارة أو للنفقة ، وكان الطريق آمناً لا يخاف عليه الهلاك ، فله أن يخرج من غير إذنهما . قياساً واستحساناً .

وجه القياس : أن الجهاد قبل النفي العام إما أن يعتبر فرض كفاية أو يعتبر تطوعاً ؛ فإن اعتبرناه تطوعاً فللولد إقامة التطوعات نحو الصلوات ^(٣) ، بغير إذن الوالدين . وإن اعتبرناه فرض كفاية ، فكذلك للولد إقامة ما هو فرض كفاية من غير إذن الوالدين كصلاة الجنائز ورد السلام وما أشبه ذلك ^(٤) .

وجه الاستحسان في ذلك : ما رويناه وما روي أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ : إني أريد الجهاد ، فقال : « ألك أم ؟ » ، فقال : نعم . فقال له : « الزم أمك ، فإن الجنة عند ^(٥) رجل أمك » ^(٦) .

(١) في (ج) « الذي لا ينوب البعض فيه عن البعض » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « الصلاة والصوم » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « وما أشبهه » .

(٥) في (د) « تحت »

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٧٦ / ٥) الحديث رقم ٩٢٩٠ أن رجلاً جاء النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إني أريد الغزو ، وقد جئتكَ أستشيرك ، قال : « هل لك من أم ؟ » قال : نعم ، قال : « الزمها ، فإن الجنة عند رجلها » ، ثم الثانية ، ثم الثالثة كذلك .

والحاكم في المستدرک (١١٤ / ٢) كتاب الجهاد الحديث رقم ٥٠٢ ، ١٢٧ / ٢ ، رقم الفهارس ٢ / ١٠٤ وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي وقال : صحيح ، وانظر أيضاً (١٦٨ / ٤) منه .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٦ / ٩) كتاب السير ، باب الرجل يكون له أبوان مسلمان أو أحدهما فلا يغزو إلا بإذن أهله . =

وروي أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ وقال ^(١) : جئت أجاهد معك ، وتركت والذي يبيكان ^(٢) ، فقال - عليه السلام - : « فاذهب ^(٣) فأضحكهما كما أبكيتهما » ^(٤) .
وقال - عليه السلام - : « ليعمل البار ^(٥) ما شاء فلن يدخل النار ، وليعمل العاق

= وابن ماجه في الجهاد ، باب ١٢ (٩٣٠/٢) الحديث رقم ٢٧٨١ ، نحوه .

والنسائي في الجهاد ، باب ٦ (١١/٦) الحديث رقم ٣١٠٤ .

وابن أبي شيبة في المصنف (١٠٠/٦) كتاب الأدب ، ٨ - ماذكر في بر الوالدين ،

الحديث رقم ١٤ .

والإمام أحمد في المسند (٤٢٩/٣) وقال الشيخ الألباني : إسناده جيد ، انظر : تعليق مشكاة

المصابيح (١٣٨٢/٣) كتاب الآداب ، باب ١٤ - البر والصلة ، الفصل الثالث ، الحديث رقم

٤٩٣٩ .

(١) سقط من (ب) .

(٢) في (ب) « معك ، ويركب والذي سكنان » .

(٣) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « اذهب » .

(٤) أخرجه ابن ماجه في الجهاد ، باب ١٢ (٩٣٠/٢) الحديث رقم ٢٧٨٢ عن عبدالله بن عمرو

قال : أتى رجل رسول الله ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، إني جئت أريد الجهاد معك ، أبغني وجه

الله والدار الآخرة ، ولقد أتيت ، وإن والذي ليبيكان ، قال : « فارجع إليهما ، فأضحكهما كما

أبكيتهما » .

وأبوداود في الجهاد ، باب ٣٣ (٣٨/٣) الحديث رقم ٢٥٢٨ . وصححه الألباني في صحيح

سنن أبي داود (٤٨٠/٢) .

وعبدالرزاق في المصنف (١٧٥/٥) الحديث رقم ٩٢٨٥ .

والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦/٩) كتاب السير ، باب الرجل يكون له أبوان مسلمان ...

وعند هؤلاء الثلاثة « جئت أبأبعك على الهجرة ، وتركت أبوي يبيكان » .

والإمام أحمد في المسند (١٦٠/٢) (٢٠٤) .

والحاكم في المستدرک (١٦٨/٤ ، ١٧٠) كتاب البر والصلة ، الحديث رقم ١١/٧٢٥٠

وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي وقال : صحيح .

(٥) في (ب) « النار » .

مما شاء فلن يدخل الجنة»^(١) ، وقال - عليه السلام - : « من أصبح ووالده»^(٢) راضيان عنه فله ، بابان مفتوحان [٢٨ / ٢ ب] إلى الجنة»^(٣) .

فتركنا القياس في الجهاد بهذه الآثار ، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره . والنص الوارد باشتراط إذن الوالدين في حق^(٤) الجهاد قبل مجئ النفير عاما . وفي الخروج إلى الجهاد تفجيعهما وإحراق المشقة بهما لما يخافان عليه من الهلاك بالقتل في الجهاد لا يعتبر^(٥) وارداً دلالة في صلاة الجنابة ورد السلام [ولا في غيرهما من التطوعات ، وهما لا يخافان عليه بسبب إقامة هذه العبادات ، وإذا لم يعتبر وارداً فيهما دلالة في^(٦) صلاة الجنابة ورد السلام]^(٧) إلى ما يقتضيه القياس ، ولا يعتبر وارداً أيضاً دلالة بعد مجيء

(١) لم أقف على الحديث بهذا اللفظ .

(٢) في (ب) « ووالده » .

(٣) أخرجه الخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح (١٣٨٢ / ٣) كتاب الآداب ، باب ١٤ - البر والصلة ،

بمعناه الفصل الثالث ، الحديث رقم ٤٩٤٣ عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « من أصبح مطيعاً لله في والديه أصبح له بابان مفتوحان من الجنة ، وإن كان واحداً فواحداً ، ومن أُمسى عاصياً لله في والديه أصبح له بابان مفتوحان من النار ، إن كان واحداً فواحداً ، » قال رجل : وإن ظلماه ؟ قال : « وإن ظلماه ، وإن ظلماه ، وإن ظلماه » وعزاه للبيهقي في شعب الإيمان .

قال الشيخ الألباني : فيه أبان بن عباس ، وهو ضعيف جداً ، انظر : تعليق المشكاة .

كما أخرج معناه ابن أبي شيبه في المصنف (١٠٠ ، ٩٩ / ٦) كتاب الأدب ، باب ٨ - مذكر في بر الوالدين ، الحديث رقم ١٠ .

وعبدالرزاق في المصنف (١٣٦ ، ١٣٥ / ١١) الحديث رقم ٢٠١٢٨ .

والديلمي في الفردوس (٦٢١ / ٣) الحديث رقم ٥٩٤٢ .

والسيوطي في الدر المنثور (١٧٢ / ٤ ، ١٧٤ ، ١٧٥)

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ب) « لا يكون » .

(٦) في (ب) ، و (د) « دلالة رد » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

النفيير العام ؛ لأن الجهاد حال مجيء النفيير العام فرض عين على من قدر ^(١) على الجهاد ، حتى لو ترك مع القدرة أثم ، كما لو ترك [الصلاة المفروضة والصوم المفروض . وقبل النفيير العام الجهاد فرض كفاية ، حتى لو ترك مع القدرة لم يَأثم كما لو ترك] ^(٢) سائر التطوعات . والفرض ^(٣) العين فوق فرض الكفاية ، فالنص الوارد باشتراط الإذن قبل النفيير العام لا يصير وارداً بعد النفيير العام ؛ لأن النص يدل على مثله وعلى ما دونه ، ولا يدل على ما فوقه فيرد هذه الحالة - وهو ما بعد مجيء النفيير العام - إلى ما يقتضيه القياس .

ولأن ^(٤) النفيير إذا كان عاماً ، وكل واحد [٤٠٢ / ٢ / أ] من المسلمين مقصود بالقتل ، فكان للولد ^(٥) الدفع عن نفسه بغير إذن الوالدين ^(٦) ، وإن كان في خروجه تفجيعهما ^(٧) وإلحاق المشقة بهما ؛ لأن الولد مضطر ^(٨) في ذلك ، وصار كما لو قصد إنسان قتل ^(٩) الولد كان له دفعه عن نفسه بغير إذن الوالدين ، وطريقه ما قلنا ، فكذلك هنا ^(١٠) بخلاف ما إذا لم يصير النفيير عاماً ؛ لأنه بالخروج إلى الجهاد لا يدفع القتل عن نفسه ؛ لأن القتل لم يتجه عليه لاحقية ولا اعتباراً فلا يضطر الولد في هذه الحالة إلى تفجيعهما وإدخال المشقة عليهما ، وقد مُنع الولد من تفجيع الأبوين ، ولهذا لا يقاد الوالد بولده ^(١١) ، [ولا يحبس بدينه ، ولا يحد حد القذف بقذف الابن ؛ لما فيه من

(١) في (ب) ، و (ج) « فرض عين في حق من قدر » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (د) « وفرض » .

(٤) في (ب) « لأن » .

(٥) في (ب) « وكان للوالد » .

(٦) في (ب) « الأبوين » .

(٧) في (ج) « إفجاعهما » .

(٨) في (ب) « مصرفاً » .

(٩) في (ج) « قيد » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « هذا » .

(١١) في (ب) « بقتل الولد » ، وفي (ج) « بعمل الولد » .

تفجيعهما وإدخال المشقة عليهما ، فلا يجوز له تفجيعهما بالخروج إلى الجهاد ، من غير ضرورة . وإذا خرج للتجارة أو للنفقة ففيه كلمات ^(١) تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى . وهكذا الجواب في العبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن المولى ، إلا أن يقع النفي عاماً ، والنصّ الوارد في الولد يكون وارداً في العبد دلالة ، وذلك لأن حق السيد في عبده أكثر من حق الوالدين في ولدهما ؛ لأن للسيد حقيقة الملك ^(٢) في عبده ^(٣) ، وليس للوالدين حقيقة ملك في رقبة ولدهما ولا حق ملك ، وإنما لهما ^(٤) حق ملك في كسب ولدهما ^(٥) ، وكما منع ^(٦) الولد من تفجيع والديه منع العبد من تفجيع مولاه حتى لا يقاد ^(٧) السيد بعبده ، كما لا يقاد الوالد بولده ^(٨) [^(٩) فصار الجواب في العبد كالجواب فيما بين الولد والوالدين .

فإن قيل : الولد ^(١٠) إنما كان له الخروج بغير إذن والديه إذا جاء النفي عاماً ؛ لأن منافع الولد غير مملوك ^(١١) للوالدين ، وأما ^(١٢) منافع العبد مملوكة ^(١٣) للمولى ^(١٤) فهذا إنما يقاتل بملك غيره فلا يحل إلا بإذن صاحب المال ، قلنا : نعم يقاتل العبد بمنافع مملوكة

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (د) « ملك » .

(٣) في (ب) « العبد » .

(٤) في (ب) « له » .

(٥) في (ب) « ولدها » .

(٦) في (ب) « يمنع » .

(٧) في (ج) « لا يعامل » .

(٨) في (د) « لولده » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) « الوالد » .

(١١) في (ب) « مملوكة » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « فأما » .

(١٣) في (ج) « مملوك » .

(١٤) سقط من (ج) .

للمولى بغير إذنه إلا أن القتال بملك الغير بغير إذنه حال ^(١) الضرورة مباح ، فيباح للعبد ذلك بغير إذن المولى .

وإن كان له أبوان ، وقد أذن له بالخروج إلى الجهاد . كان له الخروج ؛ لأنه إنما منع ^(٢) من الخروج لحقهما ، فإذا أذن له بالخروج إلى الجهاد فقد زال المانع من الخروج فزال المنع ، وكان كالعبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن مولاه ^(٣) . وإذا أذن له مولاه ^(٤) بالخروج كان له الخروج ؛ لأن المانع من الخروج قد زال فكذلك هذا .

وإن أذن له ^(٥) أحدهما ولم يأذن له الآخر ^(٦) ، فإنه لا يخرج ؛ لأنه كان ممنوعاً من الخروج لحق كل واحد من الأبوين فإذا أذن له أحدهما [في الخروج إلى الجهاد] ^(٧) ولم يأذن له ^(٨) [الآخر فالمانع من الخروج لم يزل بعد ، فبقي المنع ، وكان ^(٩) كعبد بين شريكين أذن له أحدهما في الخروج إلى الجهاد ولم يأذن له ^(١٠) المولى الآخر لا يباح له الخروج ؛ لأنه كان ممنوعاً عن الخروج لحق كل واحد من الموليين ، فإذا أذن له أحدهما ولم يأذن الآخر لم يزل المانع فبقي المنع .

والوالدان في سعة من ^(١١) أن لا يأذن له إذا كان يدخلهما ^(١٢) من ذلك مشقة

(١) في (ب) ، و (ج) « حالة » .

(٢) في (ب) « يمنع » .

(٣) في (ب) « المولى » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « الأجر » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) سقط من (ج) ، و (د) .

(٩) في (ب) « فكان » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وتكرر في (ب) ، والتصويب منها ، ومن (ج) ، و (د) .

(١١) في (ب) « في » .

(١٢) في (ب) « يدخلها » .

شديدة؛ لأنهما^(١) [يحملانه]^(٢) على ما هو الأقوى في حقه، وهو برهما .
ثم إن كره الوالدان أو أحدهما خروجه إلى الجهاد لا فرق بين أن يخاف الضيعة
عليهما [بأن^(٣) كانا معسرين، وكان نفقتهما عليه أو لا يخاف عليهما الضيعة متى خرج
بأن كانا موسرين ولم تكن نفقتهما عليه، فإنه (في الحالين جميعاً)^(٤) لا يباح
(له)^(٥) الخروج استحساناً؛ لأنه منع من الخروج قبل إذنهما شرعاً؛ لما يلحقهما من
التفجيع، لما يُخَاف^(٦) عليه من القتل. وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين ما إذا كان
يخاف الضيعة عليهما [^(٧) أو لا يخاف عليهما^(٨)] هذا الذي ذكرنا كله إذا كان أبواه
مسلمين^(٩) .

فأما إذا كان له^(١٠) أبوان كافران أو أحدهما، فاستأذنهما في الخروج إلى الجهاد،
فكرها له ذلك، أو كره الكافر منهما، هل له أن يخرج؟.

قال : فليُنظر في ذلك [يريد بقوله : فليُنظر في ذلك]^(١١) أي : فليتحرف في ذلك فإن
وقع تحريه على أنه إنما كرهها خروجه لما يلحقهما من التفجيع [١٧٧/٥ هـ] والمشقة؛ لأجل

(١) في (ب) « لأنها » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (جـ) « فإن » .

(٤) مابين القوسين سقط من (جـ) .

(٥) مابين القوسين سقط من (أ) ، والتصويب من (جـ) ، و (د) .

(٦) في (جـ) « بما يخافان » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) في (ب) « أو لا يخاف فهو عليها » ، وفي (جـ) « أو لا يخاف فهو عليها » .

(٩) شرح السير الكبير للسرخسي (١ / ١٨٢ ، ١ / ١٩١) ، و عيون المسائل (٢ / ٤١٣) ، والمبسوط

(٣٠ / ٢٥٦) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٢٩٤) ، وبدائع الصنائع (٧ / ٩٨) ، و فتاوى قاضيخان (٣ /

٤٢٧) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٢٤١) .

(١٠) سقط من (جـ) .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (جـ) ، وقد تكرر

مابين المعقوفين أيضا في (جـ) وفي بعدهما جاء بعدها : « أي فليُنظر » ولعل لفظ « فليُنظر » متكرر

ما يخافان عليه من القتل فإنه لا يخرج ، لأنه كما منع الولد عن ^(١) إلحاق التفجيع بوالديه ^(٢) إذا كانا مسلمين منع عن ^(٣) إلحاق التفجيع بهما ^(٤) إذا كانا كافرين ، ألا ترى أن الوالد المسلم كما لا يقاد بولده المسلم لا يقاد بولده الكافر وكما لا يحبس الوالد المسلم بدين ولده المسلم لا يحبس الوالد الكافر ^(٥) بدين ^(٦) ولده المسلم . والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ ^(٧) والوالد الكافر في هذا والمسلم سواء . فأما إذا وقع تحريره على أنه إنما كرها خروجه للجهاد كراهة أن يقاتل مع أهل دينه وملته لا لما يلحقهما من التفجيع والمشقة ؛ لأجل ما يخافان عليه من قتله كان [له] ^(٨) الخروج بغير إذنهما ؛ لأنهما نهياه ^(٩) عن مقاتلة ^(١٠) أهل الكفر ، والنهي عن مقاتلة ^(١١) أهل الكفر معصية ، ولا يجب ^(١٢) طاعة المخلوق في معصية الخالق قال الله - تعالى - : ﴿ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ﴾ ^(١٣) ، وقال - عليه السلام - : « لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق » ^(١٤) . فكان له أن يخرج بغير إذنهما

(١) في (ب) ، و (د) « من » .

(٢) في (ج) « لوالديه » .

(٣) في (ج) « من » .

(٤) في (ب) « بوالديه » .

(٥) في (ج) « الكافرين » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) سورة لقمان : الآية ١٥

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) « لأننا نهيها » .

(١٠) في (ج) « مقابلة » .

(١١) في (ج) « مقابلة » .

(١٢) في (د) « ولا تجب » .

(١٣) سورة لقمان : ١٥

(١٤) أخرجه الإمام مسلم في كتاب الإمارة (١٤٦٩ / ٣) ، باب وجوب طاعة الأمراء .. الحديث رقم

١٨٤٠ ، بلفظ « لا طاعة في معصية الله تعالى » . =

إلا أن يخاف الضيعة عليهما [فإذا خاف ^(١) الضيعة عليهما] ^(٢) لم يسعه ^(٣) الخروج ؛ لأن صيانتهما عن الضياع فَرَضَ عليه عيناً [بحيث] ^(٤) لا يسعه [تركهما] ^(٥) [وإن كانا كافرين . ألا ترى ^(٦) أنه يلزمه نفقتهما صيانة لهما ^(٧) عن الضياع ، والقتال مع الكفرة قبل النفير العام فيما يسعه ^(٨) تركه ^(٩)] ^(١٠) [فإنه مخير في هذه الحالة بين أن يخرج وبين ألا يخرج ، ولا شك أن الاشتغال بما لا يسع ^(١١) تركه ^(١٢) أولى من الاشتغال بما يسعه تركه .

ولم يذكر محمد في الكتاب أنه إذا تحرى ولم يقع تحريره على شيء ؛ بل شك في ذلك

= وأخرجه الخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح (١٠٩٢/٢) الحديث رقم ٣٦٩٦ عن النواس بن سمعان قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » . وعزاه للبغوي في شرح السنة ، وصححه الشيخ الألباني ، كتاب الإمارة والقضاء والإمام أحمد في المسند (٦٧، ٦٦/٥) بلفظ : « لا طاعة لمخلوق في معصية الله » ، ولفظ « لا طاعة لأحد في معصية الله تبارك وتعالى » ، ولفظ « لا طاعة في معصية الله تبارك وتعالى » .

انظر : صحيح الجامع الصغير (١٢٥٠/٢) الحديث رقم ٧٥٢٠ - وسلسلة الصحيحة (١/ ٢٩٧) الحديث رقم ١٧٩ ، ومجمع الزوائد للهيتمي (٢٢٦/٥)

- (١) في (ج) « خافت » .
- (٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٣) في (ب) « لم تسعه » ، وفي (ج) « لا يسعه » .
- (٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .
- (٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « تركها » ، والتصويب من (ج) .
- (٦) في (ب) « ألا يرى » .
- (٧) في (ج) « إلى » .
- (٨) في (ج) « قبل النفير عاماً بما لا يسعه » .
- (٩) سقط من (ج) .
- (١٠) مابين المعقوفين تكرر في (ب) .
- (١١) في (د) « بما لا يسعه » .
- (١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

ولم يترجح أحد الظنين ^(١) على الآخر - أنهما كرها خروجه لما يلحقهما ^(٢) من التفجيع والمشقة ؛ لأجل ما يخافان عليه من قتله أو كرها خروجه لما فيه من القتال مع أهل دينهما ، قالوا : وعلى قياس ما ذكر محمد في « السير » في « باب طاعة الوالي » يجب ألا يخرج ؛ فقد ذكر في « باب طاعة الوالي » : أن الأمير إذا أمر الجندي ^(٣) بشيء ، وشكوا أنهم ينتفعون به ^(٤) أو يتضررون به ، وتساوى الظنان . قال عليهم أن يطيعوا الأمير ، ولا يسعهم ^(٥) خلافه ؛ لأن طاعة الأمير واجب عليهم بيقين وقع ^(٦) الشك في سقوطه فلا يسقط بالشك ، وكذا ^(٧) طاعة الولد للوالدين فيما يأمرانه واجبة عليه بيقين [٢ / ٤٠٣ / أ] وقع الشك [في سقوطه فلا يسقط عنه بالشك] ^(٨) ، فإن كرها خروجه لكراهة ^(٩) قتاله ^(١٠) مع أهل دينه ، ولأجل المشقة عليه أيضاً لم يخرج لوجود المعنى المانع عن ^(١١) الخروج [وهو] ^(١٢) الخوف والمشقة ^(١٣) .

وإن كان له أبوان مسلمان أو كافران فأذنا ^(١٤) له في الخروج ، وله جدان وجدتان

(١) في (ب) « الطبيين » .

(٢) في (جـ) « لما لا يلحقهما » .

(٣) في (جـ) « الجنـد » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (جـ) « ولا يستعمله » .

(٦) في (جـ) « ووقع » ، وفي (د) « ومع » .

(٧) في (ب) « فكذا » ، وفي (جـ) « كذا » .

(٨) ما بين المعقوفين تكرر في (ب) .

(٩) في (ب) « الكراهية » .

(١٠) في (ب) « فيما له » .

(١١) في (ب) « من » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) « هو » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) شرح السير الكبير للسرخسي ١ / ١٦٦ ، وانظر ١ / ١٩٣ ، وعيون المسائل ٢ / ٤١٣ ، وبدائع

الصنائع ٧ / ٩٨ ، وفتاوى قاضيخان ٣ / ٤٢٧ ، وتبيين الحقائق ٣ / ٢٤٢ .

(١٤) في (جـ) « وأذنا » .

فكرها خروجه فليخرج ، ولا يلتفت إلى كراهة الجدين والجديتين حال قيام الأبوين ؛ لأن الأجداد والجندات حال قيام الأبوين أحقوا شرعا بالإخوة والأخوات ولم يلحقوا بالأبوين ، ألا ترى ^(١) أن الجد لا يلي على حافده لا في النفس ولا في المال حال قيام الأب ، ولا يكون للجددة حق الحضانة حال قيام الأم كما لا يكون للأخت فقد أحقا بالأخ والأخت حال قيام الأبوين فكما لا يعتبر كراهة [الإخوة والأخوات في الخروج إلى الجهاد بعد وجود الإذن من الأبوين ^(٢) لا يعتبر كراهة] ^(٣) الجد والجددة حال قيام الأبوين بعد وجود الإذن من جهتهما ^(٤) .

فأما إذا كان الأبوان ميتين وكان له جد [من قبل الأب (أب الأب) ^(٥) وجددة] ^(٦) من قبل الأم - أم الأم - لم يخرج [إلا] ^(٧) بإذنهما ؛ لأن الجد بعد موت الأب بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخ ، ألا ترى ^(٨) أنه في حق الولاية على حافده قام ^(٩) [مقام الأب ، فكذا في حق الإذن بالجهاد ، والجددة - أم الأم - بعد موت الأم قامت] ^(١٠) مقام الأم في [حق] ^(١١) الحضانة فكذا في حق الإذن بالجهاد تقوم مقام الأم . وإذا قاما مقام الأبوين لم يخرج إلا بإذنهما كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين ^(١٢) .

- (١) في (ب) « ألا يرى » .
- (٢) في (جـ) « بعد وجود إذن الأبوين » .
- (٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٤) في (جـ) « الإذن منهما » .
- (٥) ما بين القوسين سقط من (جـ) .
- (٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .
- (٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (جـ) ، و (هـ) .
- (٨) في (ب) « ألا يرى » .
- (٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، وفي (جـ) « قائم » .
- (١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
- (١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (جـ) .
- (١٢) في (ب) « كما لا يخرج إلا بإذنهما الأبوين لم يخرج إلا بإذنهما كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين » ، والعبارة فيها تكرار بين .

وإن كان له جدان ، أحدهما : من قبل ^(١) الأب [أب الأب] ^(٢) ، والآخر : من قبل الأم - أب الأم - ، [وجدتان] ^(٣) ، إحداهما : من قبل الأم - أم الأم - والآخرى : من قبل الأب - أم الأب - ، فالإذن إلى أب الأب وإلى أم الأم ولا عبرة ^(٤) للآخرين ، لأن الآخرين صاروا محجوبين بأب الأب وبأم الأم في حق الولاية والحضانة ، فأُلْحَقَا ^(٥) بالأخ والأخت لا بالأبوين ، فكذا في حق الإذن بصيران محجوبين ^(٦) بهما ^(٧) ويلحقان بالأخ والأخت [لا بالأبوين] ^(٨) فيعتبر إذن أب الأب وأم الأم وكراهتهما ^(٩) لهذا .

فإن لم يأذن له اللذان ذكرنا وهو الجد من قبل الأب ، والجدة من قبل الأم ، وأذن له الآخران ، قال محمد في الكتاب : لا يعجبني أن يخرج ، وكان المقام أحب إلي من الخروج ، فلم تثبت ^(١٠) الكراهة هنا ^(١١) لحق الجد من قبل الأب والجدة من الأم ، ولكن جعل المقام أحب من الخروج [لحق الأب والأم] ^(١٢) .

[وفيما] ^(١٣) : إذا كان له أبوان [وجدان] ^(١٤) وجدتان ، ولم ^(١٥) يأذن له الأبوان ،

(١) في (ب) « من قتل » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « وجدناه » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٤) في (ب) « ولا غيره » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) في (د) « محجوبين » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) « إلا لأبوين » .

(٩) في (ب) « وكراهتهما » وفي (ج) « وكذا ههنا » .

(١٠) في (ب) « فلم يثبت » .

(١١) في (ج) « ههنا » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) « ولأن الأم » ، وفي (د) « لحق أم الأب والأم »

(١٣) ما بين المعقوفين في (أ) و (د) « ومنها » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

وأذن له الجدتان [٥٥٦/٢ ج] والجدان^(١). أُثبِتُ الكراهةُ؛ فقال: لا ينبغي له^(٢) أن يخرج. وإنما فعل هكذا؛ لأن^(٣) الأبوين أقرب من الجدود والجدات، فلارتفاع^(٤) درجة الأبوين أثبت الكراهة إذا لم [يأذن] ^(٥) له في الخروج، ولانحطاط درجة الأجداد^(٦) والجدات لم تثبت الكراهة. إذا لم يأذن له الجد من قبل [الأب]^(٧)، والجدة من قبل الأم [بعد وجود الإذن من الجد من قبل الأم]^(٨) والجدة من قبل [٢٩/٢ ب] الأب. فإن لم يكن له جدة من قبل الأم [ولا جد]^(٩) من (قبل)^(١٠) الأب وكانت له جدة من قبل الأب^(١١) [أم الأب، وأم جد من قبل الأم]^(١٢) أب الأم فإنه لا يخرج للجهاد إلا بإذنهما، وإن أذن له أحدهما^(١٣) ولم يأذن له الآخر فإنه لا يخرج [فإن أم الأب وجد من قبل الأم^(١٤) - أم الأب - فإنه لا يخرج أم الأب وجده من قبل الأم]^(١٥).

(١٥) في (ج) « فلم » .

(١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « الجدان والجدتان » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) في (ب) « الآن » .

(٤) في (ج) « ولارتفاع » .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « يأذن » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٦) في (د) « درجة درجة الأجدان » .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « الأم » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) مابين المعقوفين تكرر في (أ) .

(٩) في (ب) « والأخذ » .

(١٠) مابين القوسين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (د) ، و (هـ) .

(١١) في (ب) « الأم » .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (ج) ، والتصويب من (د) ، و (هـ) .

(١٤) في (ب) « أخذهما » .

(١٥) في (د) « قبيل » .

(١٦) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

علل محمد في الكتاب ، وقال : لأنهما بمنزلة الوالدين إذا لم يكن ^(١) والدان . يريد بذلك والله أعلم : أن أم الأب حال عدم الأم والجدة من قبل ^(٢) الأم يكون ^(٣) بمنزلة الأم ، وليست بمنزلة الأخت [في حق الحضانة ، حتى كانت ^(٤) أولى بالحضانة حال عدم الأم والجدة من قبل ^(٥) الأم من الأخت ، فكذا في حق الإذن في الجهاد يكون بمنزلة الأم ، وليست ^(٦) بمنزلة الأخت (في حق الحضانة ، حتى كانت أولى بالحضانة حال عدم الأم والجدة من قبل ^(٧) الأم من الأخت ، فكذا في حق الإذن في الجهاد يكون بمنزلة الأم ، ولم يكن بمنزلة الأخت) ^(٨) [^(٩) ، ولا يخرج إلى الجهاد بغير إذن الأم ، فكذا لا يخرج بغير إذن أم الأب ^(١٠) والجدة من قبيل ^(١١) الأب ^(١٢) إن لم يكن بمنزلة الأب في حق الولاية عليه بالنفس والمال فهو بمنزلة [٣ / ٢٤٠ / د] الأب لا بمنزلة الأخ في حق الحبس حتى لا يحبس أب الأم بدين وجب لولد البنت عليه ، ولا يقتص بقصاص وجب لولد البنت عليه ^(١٣) ، ولو قذف ولد البنت فإنه لا يحد حد القذف فكان في هذه الأحكام بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخت ^(١٤) فكذا في حق الإذن بالجهاد .

(١) في (ب) ، و (ج) « لم يكن له » .

(٢) في (د) « قبيل » .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) ، وفي (د) « تكون » .

(٤) في (ج) « حتى كانت أم الأب » .

(٥) في (د) « قبيل » .

(٦) في (ج) « ولم يكن » .

(٧) في (د) « قبيل » .

(٨) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) في (ب) « بغير إذن الأم » ، في (ج) « بغير إذن أم الأم » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « قبل » .

(١٢) في (ج) « من قبل الأم - أب الأم - حال عدم الأب ، والجدة من قبل الأب » .

(١٣) سقط من (ب) .

(١٤) في (ب) ، و (ج) « الأخ » .

فإن كان له جد من قبل أبيه وأم ولم يكن له أب فإنه لا يخرج إلى الجهاد إلا بإذن الأم^(١)، وإذن الجد؛ لأن الجد من قبيل^(٢) الأب حال عدم الأب بمنزلة الأب في حق الولاية، حتى كانت الولاية إلى الجد من قبل الأب في حق النفس والمال جميعاً حال عدم الأب، فلا يخرج إلا بإذنهما، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين.

فإن^(٣) لم يكن له أم وكانت له جدة من قبيل^(٤) الأم وجدة من قبل أبيه، فأذنت له الجدة من^(٥) قبل الأم، ولم تأذن له الجدة التي^(٦) من قبل الأب فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدة [من قبل الأب^(٧) حال قيام الجدة]^(٨) من قبل الأم بمنزلة الأخت في حق الحضانة [والتربية]^(٩)، حتى كان حق الحضانة للجددة^(١٠) من قبل الأم، ولم يكن للجددة من قبل الأب، كما لا يكون للأخت، فكذا في حق الإذن بالجهاد. ولو [كان له أم وأخت]، فأذنت^(١١) له الأم بالجهاد^(١٢) ولم تأذن^(١٣) له الأخت بالجهاد^(١٤) كان له أن يخرج فكذا هذا^(١٥).

(١) في (ب) « الإمام ».

(٢) في (ب)، و (ج) « قبل ».

(٣) في (ج) « وإن ».

(٤) في (ب)، و (ج) « قبل ».

(٥) في (ب) « التي من ».

(٦) سقط من (ج) .

(٧) في (ب)، و (د) « الأم »، والتصويب من (ج) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ)، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « بالتربية »، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) « لا الجدة »، وفي (ج) « إلى الجدة ».

(١١) ما بين القوسين في (أ) « فأذن »، والتصويب من (ج)، و (د) .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٣) في (ب)، و (ج) « يأذن ».

(١٤) سقط من (ب)، و (ج) .

(١٥) سقط من (ب) .

وإن كان ^(١) له أم وجدات فأذنت له الأم فلا بأس [٢ / ٤٠٤ / أ] بأن يخرج؛ لأن الجدات حال قيام الأم بمنزلة الأخوات في حق الحضانة ، حتى لم يكن لهم ^(٢) حق الحضانة حال وجود الأم ، كما لا يكون للأخوات ، فكذا في حق الإذن بالجهاد قامت الجدات مع الأم مقام الأخوات ، وكذا ^(٣) إذا كان له أب وأجداد فأذن له الأب فلا بأس بأن يخرج ، ثم قال : وذلك لأن الأجداد حال وجود الأب بمنزلة الإخوة لا بمنزلة الأب في حق الولاية والميراث فكذا في حق ^(٤) الإذن ^(٥) ^(٦) . والله أعلم .

قال : وكل سفر أراد الرجل أن يسافر غير الجهاد للتجارة أو للحج أو للعمرة ^(٧) فكره ذلك أبواه ، هل ^(٨) له أن يخرج بغير إذنهما ؟ ، فهذا على وجهين : أما إذا ^(٩) كان لا يخاف الضيعة ^(١٠) عليهما ، بأن ^(١١) كانا موسرين ولم تكن ^(١٢) نفقتهما عليه ، أو كان يخاف عليهما الضيعة ^(١٣) بأن [كانا معسرين ، وكان ^(١٤) نفقتهما عليه أو ^(١٥)] ^(١٦)

(١) في (ب) ، و (ج) « فإن كانت » .

(٢) في (ج) « إن » .

(٣) في (ب) « فكذا » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ج) « في حق الإذن بالجهاد » .

(٦) شرح السير الكبير للسرخسي (١ / ١٨٢) ، و (١ / ١٩٤) ، و عيون المسائل (٢ / ٤١٣) ، وبدائع

الصنائع (٧ / ٩٨) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٢٧) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٢٤٢) .

(٧) في (ب) ، و (ج) « لتجارة أو لحج أو عمرة » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « إن » .

(١٠) سقط من (ب) .

(١١) في (ج) « فإن » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « يكن » .

(١٣) في (ج) « الضيعة عليهما » .

(١٤) في (د) « وكانت » .

(١٥) في (ج) « و » .

كان السفر سفراً يخاف على الولد الهلاك فيه كركوب السفينة في البحر ، و [كاجتياز]^(١) البادية ماشياً في الحر الشديد ، أو كان سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه ، [فإن كان يخاف الضيعة عليهما فإنه لا يخرج بغير إذنهما سواء كان السفر سفراً يخاف على الولد الهلاك فيه]^(٢) أو لا يخاف ، وذلك لأن صيانتهما عن الهلاك بالإنفاق عليها فرض عليه ، حتى يجبر على ذلك ، والخروج للتجارة والكسب^(٣) مباح ، والخروج للعمرة تطوع ، وللحج إن كان حجة الإسلام تطوع إذا لم يكن ماله يفي بالزاد والراحلة وينفقة من تلزمه^(٤) نفقته إلى أن يذهب إلى الحج ويجيء ، وهنا^(٥) ماله لا يفي بالكل ؛ حتى خاف الضياع عليهما فلا يفرض^(٦) عليه الخروج للحج ، ويكون بمنزلة حجة^(٧) التطوع ، ولا يجوز الاشتغال بالتطوع والمباح إذا تضمن ترك فرض ، فعلى هذا قالوا : لا يباح له الخروج للنفقة بغير إذن والديه إذا كان يخاف الضيعة عليهما ، فأما إذا كان لا يخاف الضيعة عليهما متى خرج ، هل له أن يخرج بغير إذنهما ؟ إن كان السفر سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه كان له أن يخرج بغير إذنهما ؛ لأن القياس أن يخرج في الجهاد بغير إذنهما لقوله تعالى : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾^(٨) ولقوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾^(٩) ، إلا أنا تركنا القياس بالجهاد^(١٠) [بالنص]^(١١) [والنص الوارد

(١٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١) ما بين المعقوفين في جميع النسخ « كاختيار » ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ج) « وللتكسب » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « يلزمه » .

(٥) في (ب) « وهنا » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « فلا يفترض » .

(٧) في (ج) « حج » .

(٨) سورة التوبة ، الآية ٥ .

(٩) سورة التوبة ، الآية ٢٩ .

(١٠) في (ج) « في الجهاد » .

بالجهاد بخلاف القياس^(١) ، وفيه تفجيعهما ، وإلحاق المشقة بهما ؛ لأجل ما يخافان الهلاك على ولدهما في الجهاد ، ولا يعتبر^(٢) وارداً دلالة في سفر لا يخافان الهلاك عليه ، فيرد هذا على^(٣) ما يقتضيه القياس ، ولأن الخروج للتجارة خروج للتكسب ، ولا بد للولد من التكسب لإصلاح معيشته ، فإنه متى ترك ذلك ربما يحوجه ذلك إلى ما فيه مذلة - وهو السؤال من غيره من الناس - أو يلقيه في المهلكة ، بأن يوقعه في السرقة ، ألا ترى^(٤) أن له الخروج إلى [ضيعته]^(٥) للزراعة وإلى سوقه للتجارة ، وإن لم يأذن^(٦) فيه ، كذا هذا^(٧) .

وإن كان سفرًا يخاف عليه الهلاك فإنه لا يخرج إلا بإذنهما ؛ لأنه إذا كان سفرًا يخاف عليه الهلاك كان بمنزلة الجهاد [ولا يخرج إلى الجهاد]^(٨) إلا بإذنهما فكذا^(٩) هذا ، وكذا الجواب فيما إذا خرج للنفقة إلى بلد آخر^(١٠) إن كان لا يخاف عليه الهلاك بسبب هذا الخروج كان بمنزلة السفر للتجارة . وإن كان يخاف عليه الهلاك كان بمنزلة الجهاد . هذا^(١١) إذا خرج للتجارة إلى مصر من أمصار المسلمين ، فأما إذا خرج للتجارة إلى أرض العدو بأمان ، فكرها خروجه ، [فإن]^(١٢) كان أمراً لا يخاف عليه منه ، وكانوا قوماً يوفون

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « لا يعتبر » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « على » .

(٤) في (ب) « ألا يرى » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « ضيعة » ، والتصويب من (ج) .

(٦) في (ج) « لم يأذن » .

(٧) في (ب) « كذلك ههنا » وفي (ج) « كذا هنا » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « فكذلك » .

(١٠) في (ب) « بلد أخرى » وفي (ج) ، « بلدة أخرى » .

(١١) في (د) « وهذا » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) « بأن » ، والتصويب من باقي النسخ .

بالعهد يُعرفون بذلك، وله في ذلك منفعة، فلا بأس بأن يعصيهما؛ لأن أرض الحرب - والحال ^(١) هذه من حيث الأمن ^(٢) - بمنزلة أرض الإسلام، فكان ^(٣) الخروج إليه للتجارة والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء .

وإن كان يخرج في تجارة إلى أرض العدو مع ^(٤) عسكر من عساكر المسلمين فكره ذلك أبواه أو أحدهما، فإن كان ذلك العسكر عظيماً ^(٥) مثل أهل [الصائفة] ^(٦) ونحوهم لا يخاف عليهم من العدو، غلبة ^(٧) أكبر ^(٨) الرأي، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجيش إذا كان عظيماً فالظاهر أنهم ينتصرون وينتصفون من عدوهم ولا يضيع من كان معهم فلا بأس بأن يخرج فيهم ^(٩)، ويكون الخروج للتجارة إلى أرض العدو معهم والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء . وإن كان [١٧٨ / ٥ هـ] يخاف على أهل العسكر من العدو بغالب ^(١٠) الرأي، كان بمنزلة الجهاد فلا يخرج بغير إذنهما .

(١) في (ب) « ، و (ج) ، و (د) » والحالة .

(٢) في (ب) « الآدمي » .

(٣) في (ب) « وكان » .

(٤) في (ج) « ومع » .

(٥) في (ج) « العسكر عسكراً عظيماً » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « العاتقة » ، وفي (د) « العاقاة » ، والتصويب من (ب) ، و

(ج) ، و (هـ) .

وأهل الصائفة في شرح السير الكبير (٣١ / ١) : « والصائفة : اسم للجيش العظيم الذين يجتمعون في الصيف ، ثم يغزون إذا دخل الخريف وطاب الهواء » ، قال في المغرب : « الصائفة : الغزوة في الصيف ، وبها سميت غزوة الروم ؛ لأن سنتهم أن يُغزَوْا صيفاً ويقفل عنهم في الشتاء ، ومن فسرها بالموضع أو الجيش فقد وهم » . المغرب (٢٧٥) .

(٧) في (ج) ، و (هـ) « عليه » .

(٨) في (ب) « أكثر » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « معهم » .

(١٠) في (ب) « يغالب » .

وكذلك إذا كانت سرية أو جريدة [خيل] ^(١) ونحوها فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الغالب هو الهلاك في السرايا فكان بمنزلة الجهاد هذا الذي ذكر ^(٢) في الوالدين والأجداد والجدات ^(٣) .

فأما من سواهم من ذي الرحم المحرم ، كبناته وبنيه وإخوته وعماته [وأخواله] ^(٤) وخالاته وكل ذي رحم محرم منهم إذا كرهوا خروجه للجهاد وكان يشق ذلك عليهم ، هل له أن يخرج بغير إذنهم ؟ ، إن كان يخاف عليهم الضيعة ؛ بأن كان نفقتهم عليه ، بأن لم يكن لهم مال ، وكانوا صغاراً أو صغائر ، أو كن كبائر إلا أنه لا أزواج لهن ، أو كانوا كباراً زمنى لأحرفه لهم ، فإنه لا يخرج بغير إذنهم ، كما ذكرنا في الوالدين . وإن كان لا يخاف عليهم الضيعة ؛ بأن لم تكن ^(٥) نفقتهم عليه ، بأن كان لهم مال ^(٦) ، [أو لم يكن لهم مال] ^(٧) إلا أنهم كبار أصحاء ، أو كبائر لهن أزواج ^(٨) ، كان له أن يخرج بغير إذنهم ؛ لأن القياس في الوالدين أن يخرج بغير إذنهما ، إلا أنا تركنا القياس في الوالدين بالأثر بخلاف القياس ، [والنص الوارد في الوالدين بخلاف القياس] ^(٩) ، ولهما من الحرمة ما ليس لغيرهما من ذي الرحم المحرم ، حتى لا يحبسوا بدين أولادهم [ولم يقتصوا

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « حل » ، والتصويب من باقي النسخ .

وجريدة خيل : هي الخيل لأرجالة فيها ، (يقال ، يقال) : نَدَبَ القائدُ جريدةً من الخيل : إذا لم يُنْهَضْ معهم راجلاً . أساس البلاغة (٥٦) ، ولسان العرب (١١٨ / ٣) ، والقاموس المحيط ص (٣٤٧) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « ذكرنا » .

(٣) شرح السير الكبير للسرخسي (١٩٦ / ١) ، وعيون المسائل (٤١٣ / ٢) ، وفتاوى قاضيخان (٤٢٧ / ٣) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٥) في (ب) ، و (ج) « يكن » .

(٦) في (ب) « بأن كان مالم » .

(٧) ما بين المعقوفين تكرر في (ب) .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

أولادهم] ^(١) ولم يُحدوا حد القذف لأولادهم ، لا يعتبر وارداً دلالة فيما عدا الوالدين من ذي الرحم المحرم ، وليس لهم ^(٢) هذه الحرمة فيردونه ^(٣) إلى ما يقتضيه القياس .
وأما امرأته إن كان يخاف الضيعة عليها فإنه لا يخرج إلا بإذنها ^(٤) ؛ [١/ ٤٠٥ / ٢] لأن عليه نفقتها كما في الوالدين وغيرهما ^(٥) من ذوي الرحم المحرم . وإن كان لا يخاف عليها الضيعة كان له الخروج بغير إذنها فإن كان يشق ذلك ^(٦) عليها ، وترك القياس في الوالدين لا يوجب ترك القياس في المرأة ، وليس للمرأة من الحرمة ما للوالدين ^(٧) [والله أعلم] ^(٨) .

قال محمد - رحمه الله - : إذا جاء النفير، فقليل لأهل مدينة أو مصر قريب من العدو: قد ^(٩) جاء العدو يريدون أنفسهم وذرايكم وأموالكم فلا بأس بأن يخرج الرجل بغير إذن والديه ، وإن نهياه فلا بأس بأن يعصيهما إذا كان ممن يقدر على الجهاد ، وقد ذكرنا هذا ^(١٠) ، وليس للوالدين أن ينهيا الولد عن الخروج في هذه الحالة ؛ لأن القتال في هذه الحالة فرض عين ، وليس لهما أن ينهيا الولد عما هو فرض عين ، وهذا إذا كان بالولد

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، وفي (ب) « لا يفيضوا يقبل أولادهم » .

(٢) في (ج) « بهم » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « فيردون » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « إلا بإذنها » .

(٥) في (ب) « الوالدين كما في غيرها » .

(٦) في (ب) « وإن كان ليس ذلك » وفي (ج) « وإن شق ذلك » .

(٧) شرح السير الكبير للسرخسي (١ / ١٩٨) ، و عيون المسائل (٢ / ٤١٣) ، و فتاوى قاضيخان (٤٢٧ / ٣) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « وقد » .

(١٠) انظر ص (٤٠٦) من هذا القسم .

قوة القتال أو يحصل بخروجه قوة للمسلمين [فأما إذا لم يكن له ^(١) قوة القتال ولا يحصل بخروجه قوة للمسلمين فإنه لا يخرج إلا بإذنهما ، لأن الجهاد بعد النفير العام إنما يفترض على القادر ، أو على من ^(٢) يحصل بخروجه قوة للمسلمين] ^(٣) إن كان لا يقدر على القتال .

ولا يجب على العاجز؛ لأن العجز مما يُسقط الفرائض، وإذا ^(٤) كان لا يفترض عليه حالة العجز كان الجواب في حقه بعد مجيء النفير [كالجواب في حق القادر قبل مجيء النفير] ^(٥) العام ، [وقبل مجيء النفير العام] ^(٦) كان لا يخرج القادر إلا بإذنهما فكذلك هذا . ثم الجهاد بعد مجيء النفير العام لا يفترض ^(٧) على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً [فرض عين] ^(٨) وإن بلغهم النفير العام ^(٩) ، وإنما يفترض فرض عين على من كان يقرب ^(١٠) من العدو ، وهم يقدرّون على الجهاد . فأما من ^(١١) وراءهم ببعد ^(١٢) من العدو فإنه ^(١٣) يفترض عليه فرض كفاية لا فرض عين حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم ^(١٤)

(١) سقط من (د) .

(٢) في (ج) « أن » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ج) « فإذا » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) في (ب) « لا يفرض » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (د) .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) في (ب) « على ما يقرب » .

(١١) في (ج) « فأما على من » .

(١٢) في (ب) « يتعد » .

(١٣) في (ب) « وإنه » .

(١٤) في (ج) « إليه » .

فأما إذا احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدو^(١) من المقاومة مع العدو، أولم يعجزوا^(٢) إلا أنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا ، فإنه يفترض^(٣) على من يليهم فرض عين، كالصوم والصلاة لا يسعهم^(٤) تركه [ثم^(٥) .

[وَم] ^(٦) إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا الترتيب والتدرج^(٧) ، ونظيره الصلاة على الميت [٣ / ٢٤١ / د] فإن مات^(٨) من ناحية من نواحي البلدة فعلى حيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه ، وليس على من كان بعيد^(٩) من الميت أن يقوم بذلك . وإن كان الذي يبعد منه^(١٠) يعلم أن أهل^(١١) المحلة يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه فعلى الذي يبعد^(١٢) منه أن يقوموا به ، كذا هذا^(١٣) . ثم يستوي أن يكون [المستنفر]^(١٤) عدلاً أو فاسقاً يقبل خبره^(١٥) في ذلك ؛ لأن هذه خبر ينتشر ويشتهر بين المسلمين في الحال . وكذا الجواب في منادي السلطان يقبل خبره

(١) في (ب) « العد » .

(٢) في (ب) « يعجز » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « يفرض » .

(٤) في (ج) « ولا يسعهم » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) « ثم » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) « وتدرج » .

(٨) في (ج) « فإن من مات » ، والمثبت بسكون النون الأولى .

(٩) في (ب) « يبعد » .

(١٠) في (ب) « يبعد منه » .

(١١) في (ب) « أهله » .

(١٢) في (ب) « يبعد » .

(١٣) في (ج) « ههنا » .

(١٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « المستنفر » ، و سقط من (ج) ، والتصويب من

(ب) ، و (ه) .

(١٥) في (ب) « حيرانه » .

عدلاً كان أو فاسقاً . ثم استشهد في الكتاب لإيضاح ما تقدم فقال : ألا ترى ^(١) أن رجلاً لو قطع الطريق على رجل ليأخذ ماله أو ليقطله أو [أراد] ^(٢) امرأة ليفجر بها ، وقد حضر ذلك رجل يظن أن به قوة عليه ، وأنه ^(٣) ينتصف منه لم يسعه إلا أن يمنع المظلوم ممن يريد ظلمه . وإن كان مع الرجل الذي يريد ^(٤) أن يعينه أبواه [فنهياه] ^(٥) عن ذلك ، فليس ينبغي له أن يطيعهما ، ولا يسعهما ^(٦) أن يمنعهما إلا أن يكون به قوة عليه ، فإن كان كذلك فليطعهما ، وإنما ينبغي طاعة الوالدين في التطوع الذي يسعه ^(٧) تركه فيقال ^(٨) : برهما أفضل من الجهاد التطوع ^(٩) ، فإذا جاءت الفريضة والأمر الذي لا يسع الرجل [فيه] ^(١٠) إلا [أن] ^(١١) [يعين] ^(١٢) لم يلتفت في هذا إلى طاعة الوالدين ، فكانت طاعة الله أحق أن يؤخذ بها [٣٠ / ٢ ب] من طاعة الوالدين ^(١٣) .

(١) في (ب) « ألا يرى » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « أو أنه » .

(٤) في (د) « يريد ظلمه » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « فنهاه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (د) « ولا يسعه » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « يسع » .

(٨) في (ج) « فتعاد » .

(٩) في (د) « الجهاد والتطوع » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ب) سقطت الألف ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(١٢) ما بين المعقوفين في (ج) « بعثت » ، وكذا في (أ) إلا أن الكلمة مهملة غير معجمة ،

وفي (ب) « يعب » ، وفي (هـ) « يغيب » ، والتصويب من (د) .

(١٣) شرح السير الكبير للسرخسي (١ / ١٩٩) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٢٩٤) ، وبدائع الصنائع (٧ / ٩٨) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٢٤٢) .

ولا تسافر المرأة بغير^(١) محرم ثلاثة أيام فما فوقها ، واختلفت الروايات فيما دون ذلك ، قال أبو يوسف : أكره لها أن تسافر^(٢) يوما بغير محرم ، وهكذا روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال الفقيه أبو جعفر : اتفقت الروايات في الثلاث ، فأما ما دون الثلاث^(٣) [٥٥٧ / ٢ ج] قال أبو جعفر : هو أهون من ذلك .

وقال حماد^(٤) - رحمه الله - [١٧٩ / ٥ هـ] : لا بأس للمرأة أن تسافر^(٥) بغير محرم مع الصالحين . والصبي والمعتوه ليسا بمحرمين ، والكبير الذي يعقل^(٦) محرم^(٧) .^(٨) [والله تعالى أعلم]^(٩) .

(١) في (ج) « من غير » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « يسافر » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « فأما ما دون ذلك » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) ذكرت كتب التراجم أكثر من حماد فهناك حماد بن إسماعيل الصنفار ولد سنة ٤٩٣ هـ ، وهناك قبله حماد بن دليل من تلاميذ أبي حنيفة ، وحماد بن زيد الإمام المشهور أخذ عن أبي حنيفة ، والمتوفى سنة ١٧٩ ، وحماد بن سلمة أحد الأعلام المتوفى سنة ١٦٧ ، وحماد بن سليمان بن المرزبان ، تفقه على محمد بن الحسن ، وحماد بن مسلم الكوفي ، تفقه على إبراهيم النخعي ، وروى عنه سفيان وشعبة وأبو حنيفة ، المتوفى سنة ١٢٠ ، وحماد بن النعمان تفقه على أبيه « أبي حنيفة » المتوفى سنة ١٧٦ هـ ، ولم يظهر لي المراد من هؤلاء الأئمة الفقهاء .

انظر الجواهر المضبية (١٤٥ / ٢ - ١٥٣) برقم ٥٣٥ ، و ٥٣٦ ، و ٥٣٧ ، و ٥٣٨ ، و ٥٣٩ ، و ٥٤٠ ، و ٥٤٢ ، والفوائد البهية ٦٩ .

(٦) في (ب) « يسافره » ، وفي (ج) « يسافر » .

(٧) في (ج) « يفعل » .

(٨) مختصر الطحاوي ص (٤٤٢) ، و فتاوى قاضيخان (٤٠٧ / ٣) ، و الهداية (٨٦ / ٤) ، والبنية (١١ / ١٧٦) .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، وفي (د) « والله أعلم » .

الفصل التاسع والعشرون

في القرض ما يكره من ذلك وما لا يكره .

[ذكر] ^(١) محمد في كتاب الصرف : عن أبي حنيفة أنه كان يكره كل قرض جرّ ^(٢)

منفعة .

قال الكرخي : هذا إذا كانت المنفعة ^(٣) مشروطة في العقد ، وذلك بأن أقرضه غلة ^(٤) ليرد ^(٥) عليه صحاحاً أو ما أشبه ذلك . وإن لم يكن مشروطاً [في العقد] ^(٦) ، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه فلا بأس به . وكذلك إذا أقرض الرجل رجلاً دراهم أو دنائير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غالٍ فهو مكروه . وإن لم يكن شراء المتاع مشروطاً في القرض ؛ ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعاً بثمن غالٍ ، فعلى قول الكرخي لا بأس به . وذكر الخصاص في كتابه وقال : ما أحب له ذلك . وذكر شمس الأئمة الحلواني : أنه حرام ؛ لأن هذا قرض جرّ منفعة ؛ لأنه يقول : لو لم اشتريه منه طالبني بالقرض في الحال .

وذكر محمد في كتاب الصرف : أن السلف كانوا يكرهون ذلك ^(٧) ؛ إلا أن الخصاص

(١) مابين المعنوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ج) « فيه جرّ » .

(٣) في (ب) « منفعة » .

(٤) في (ج) « عليه » .

(٥) في (ب) « أن يرد » .

(٦) مابين المعنوفين سقط من (ج) .

(٧) المراد بالسلف الصدر الأول من علماء المذهب ابتداء من الإمام أبي حنيفة ، وانتهاء بمحمد بن

الحسن المتوفى سنة ١٨٩ هـ ، ثم يليهم الخلف وهم من أتى بعد محمد بن الحسن من علماء

المذهب إلى شمس الأئمة الحلواني المتوفى سنة ٤٤٨ ، وقيل ٤٥٦ ، ثم يليهم المتأخرون ، وهم من

أتى بعد شمس الأئمة الحلواني إلى حافظ الدين البخاري المتوفى سنة ٦٩٣ .

انظر : الفوائد البهية ٢٤١ ، والمذهب عند الحنفية لمحمد إبراهيم علي ٥٧ .

لم يذكر الكراهية ، إنما قال : لا أحب^(١) له ذلك . فهو قريب من الكراهية ؛ ولكنه دون الكراهية ، ومحمد لم يرب ذلك بأسا ، فإنه قال في كتاب الصرف : المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئا فلا بأس به^(٢) . من غير فصل ، فهذا دليل [٢ / ٤٠٦ / أ] على أنه رفض قول السلف .

قال شيخ الإسلام : ما نقل عن السلف فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة - وهو شراء المتاع في مسئلتنا بثمن غالٍ - مشروطة في الاستقراض وذلك مكروه بلا خلاف ؛ وما ذكر^(٣) محمد - رحمه الله - محمول على ما إذا لم يكن^(٤) المنفعة - وهي الإهداء - مشروطة في القرض^(٥) ، وذلك لا يكره بلا خلاف ؛ هذا إذا تقدم الإقراض على البيع ، فإذا تقدم البيع على الإقراض ، وصورة ذلك : رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرضه ستين دينارا ، حتى^(٦) صار للمقرض على المستقرض مائة [دينار]^(٧) وحصل للمستقرض ثمانون دينارا . ذكر الخصاص أن هذا جائز ، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ^(٨) ، فإنه روي أنه^(٩) كان له مبلغ ، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئا ، كان يبيعه أولاً سلعة

(١) في (ج) « إنما قال : أحب » .

(٢) في (ب) ، و ، (ج) ، و (د) « لا بأس به » .

(٣) في (ب) « وما ذكرنا » .

(٤) في (د) « لم تكن » .

(٥) في (ب) « المنفعة وهو الا هذا شروط القرض » .

(٦) في (ج) « على » .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) « ديناراً » ، والصواب بالجر ؛ لأنه مضاف إليه .

(٨) هو : الفقيه أبو عبد الله البلخي ، ولد سنة ١٩٢ ، وتفقه على شداد بن حكيم ، ثم على أبي سليمان الجوزجاني ، وتفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإسكافي مات سنة ٢٧٨ ، وهو ابن ٨٧ سنة .

الجواهر المضية (٣ / ١٦٢) برقم ١٣١٧ وتاج التراجم ٣٢٣ برقم ١٢ ، وطبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ٤٥ ، والفوائد البهية ١٦٨ .

(٩) في (ب) « أن » .

بشمن غال، ثم يقرضه بعد^(١) الدنانير إلى تمام حاجته . وكثير من المشايخ^(٢) كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون : هذا قرض جر منفعة [فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب ، فكان قرضاً جر منفعة]^(٣) .

ومن المشايخ^(٤) من قال : إن كانا في مجلس واحد يكره ، وإن كانا^(٥) في مجلسين مختلفين لا بأس به ؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكانتا^(٦) واحداً معنى^(٧) ، فكانت^(٨) المنفعة مشروطة في القرض .

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي^(٩) بقول الخصاف ويقول^(١٠) محمد بن سلمة ، ويقول : هذا ليس^(١١) بقرض جر منفعة ، هذا بيع جر منفعة وهو القرض ، انتهى^(١٢) (١٣) .

(١) في (ب) ، و (ج) ، و (هـ) « بعض » .

(٢) في (ج) ، و (هـ) « مشايخ بلخ » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) قال ابن عابدين في رد المحتار (٧٣٥ / ٦) : « وأما المشايخ ففي وقف النهر عن العلامة قاسم مراد : أن المراد بهم من لم يدرك الإمام » .

(٥) في (ج) « كان » .

(٦) في (ج) « فكأنهما » .

(٧) في (ب) « مع » ، وفي (ج) « معاً » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ب) « يعني » .

(١٠) في (ب) « ويقول »

(١١) في (د) « ليس هذا »

(١٢) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(١٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم ٣١٣ ، وفتاوى قاضيخان (٤٠٤ / ٣) ، والهداية (٩٥ / ٤) ، وتبيين الحقائق (٣٠ / ٦) ، والفتاوى البزازية (٣٦٢ / ٦) ، والبنية (٢٦٣ / ١١) ، وفتح القدير (٦١ / ١٠) .

الفصل الثلاثون

في ملاقات الملوك ، والتواضع لهم ، [وتقبيل أيديهم أو يد غيرهم] ،^(١)
وتقبيل الرُّجُل وجه غيره ، وما يتصل بذلك .

قال الفقيه أبو جعفر: من قَبَّل الأرض بين يدي سلطان^(٢) أو أمير أو سجد له ، فإن كان على وجه التحية لا يكفر، ولكن يصير آثماً مرتكباً للكبيرة^(٣) . أما لا يكفر؛ لأن السجدة على سبيل^(٤) التحية نفسها ليست بكفر^(٥) ، ألا ترى^(٦) أن السجدة لغير الله على سبيل^(٧) التحية كانت مباحة في الابتداء ، والكفر لم يبح في زمان مَّا^(٨) ، والدليل على صحة ما قلنا أن الله - تعالى - ، أمر الملائكة بسجدة آدم - صلوات الله عليه - ولا يجوز [أن يكون الكفر]^(٩) مأموراً به . ثم تكلم العلماء أن سجدة الملائكة كانت لمن ؟^(١٠) ، بعضهم قالوا: كانت لله تعالى ولكن التوجه إلى آدم كان تكريماً وتشريفاً لآدم ، ألا ترى^(١١) أنه يستقبل الكعبة في الصلاة ، والصلاة تكون^(١٢) لله - تعالى - ، والتوجه

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ج) « السلطان » .

(٣) في (ج) « الكبيرة » .

(٤) في (ج) « وجه » .

(٥) في (ب) « يكفر » .

(٦) في (ب) « ألا يرى » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ب) « زمان ماذ » وفي (ج) زمان » .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و(د) « الكفر أن يكون » ، والتصويب من (ب) ، و(ج) .

(١٠) ينظر : جامع البيان للطبري (١ / ٢٢٨) ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١ / ٢٩٣) ،

والدر المنثور (١ / ١٢٣) .

(١١) في (ب) « لا يرى » .

(١٢) في (ب) ، و(ج) « يكون » .

إلى الكعبة لتشريف الكعبة^(١) كذا هنا^(٢) .

وقال بعضهم : لا ؛ بل كانت السجدة لآدم على وجه التحية والإكرام ، ثم نسخ^(٣) ذلك بقوله - عليه السلام - : « لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد^(٤) لزوجها »^(٥) [وأما الإثم فلأنها^(٦) ارتكاب^(٧) ما هو محرم ومنهي عنه ، وارتكاب

(١) في (ب) « إلى الكعبة تشريفا لكعبة » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « ههنا » .

(٣) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « نسخت » .

(٤) في (ب) « يسجد » .

(٥) أخرجه الترمذي في الرضاع ، باب ١٠ - ماجاء في حق الزوج على المرأة (٤٦٥/٣) عن أبي

هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ ، قال : « لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لأحد ، لأمرت المرأة أن

تسجد لزوجها » ، وقال : حديث حسن غريب ، الحديث رقم ١١٥٩ .

وأبو داود في النكاح ، باب ٤١ (٦٠٥/٢) الحديث رقم ٢١٤٠ ، بلفظ : « لو كنت أمرا أحدا أن

يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن ، لما جعل الله لهم عليهن من الحق » عن قيس

بن سعد - رضي الله عنه - .

وابن ماجه في النكاح ، باب ٤ (٥٩٥/١) الحديث رقم ١٨٥٢ ، عن عائشة - رضي الله عنها - .

والإمام أحمد في المسند (٣٨١/٤) عن عبد الله بن أبي أوفى - رضي الله عنه - .

وإسحاق في المستدرک (٢٠٤/٢) الحديث رقم ٩٢/٢٧٦٣ ، رقم الفهارس ٢/١٨٧ ، وقال :

حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .

والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩١/٧) كتاب القسم والنشوز ، باب ماجاء في عظم حق الزوج

على المرأة .

وابن أبي شيبة (٤٠٩/٢) كتاب صلاة التطوع والإمامة ، باب ٣٦٠ - من كره أن يسجد الرجل

للرجل ، الحديث رقم ٦٠٣ ، ٦٠٤ .

وعبد الرزاق (٣٠٠/١١) الحديث رقم ٢٠٥٩٤ ، ٢٠٥٩٦ .

والديلمي في الفردوس (٣٤٤/٣) الحديث رقم ٥٠٣٨ .

قال الشيخ الألباني في الإرواء (٥٤/٧) الحديث رقم ١٩٩٨ : صحيح .

(٦) في (ج) « فلانه » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « ارتكب » .

المحرم يوجب الإثم [(١)] .

والدليل على صحة ما قلنا : مسألة ذكرها في واقعات الناطفي ، وصورتها : إذا قال أهل الحرب لمسلم ^(٢) : اسجد [١٨٠ / ٥ هـ] للملك ، وإلا قتلناك ، فالأفضل له أن لا يسجد ؛ لأن هذا كفر صورة ، والأفضل للإنسان أن لا يأتي بما هو كفر صورة ، وإن كان في حال ^(٣) الإكراه ، وإن أراد أن يسجد بنية التحية ، فالأفضل له أن يسجد ؛ لأن هذا ليس بكفر ، فهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا ^(٤) فيمن سجد للسلطان [على وجه التحية أنه لا يكفر ، هذا إذا سجد بنية التحية ، وإن سجد بنية العبادة للسلطان] ^(٥) أو لم تحضره النية فقد كفر . [هذا هو الكلام في السجدة] ^(٦) ^(٧) .

[جئنا إلى الانحناء للسلطان أو لغيره ، فإنه مكروه ؛ لأنه يشبه فعل ^(٨) المحجوس] ^(٩) .
وأما الكلام في تقبيل اليد ، فإن قبّل ^(١٠) يد نفسه [لغيره] ^(١١) فهو مكروه ؛ لأن ذلك من فعل الفساق ، وإن قبّل [يد غيره ؛ إن قبل] ^(١٢) يد عالم أو سلطان عادل لعلمه وعدله لا بأس به . هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند . وقد صح أن عبد الله بن عباس -

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) « للمسلم » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « حالة » .

(٤) في (ب) « يؤيد ما ذكر » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) فتاوى قاضيخان (٤٢٥ / ٣) ، وتبيين الحقائق (٢٥ / ٦) ، والبنية (٢٢٥ / ١١) .

(٨) في (ب) « بفعل » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ب) « بغيره » ، والتصويب من (ج) ، و (د)

(هـ) .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

رضي الله عنهما - أخذ بركاب زيد بن ثابت ^(١) - رحمهما الله - فقال زيد : مهلاً يا ابن عم رسول الله ﷺ فقال عبد الله هكذا كنا نصنع ^(٢) بعلمائنا ^(٣) أكابر ^(٤) أصحاب رسول الله ﷺ ، فلما استوى زيد بن ثابت على بغلته ^(٥) ، قال ^(٦) لابن عباس : ناولني يدك ، فناول فقيل زيد يده ، وقال : هكذا كنا نصنع ^(٧) بآل ^(٨) بيت رسول الله ﷺ . ^(٩) فهذا يدل على أنه لا بأس بتقبيل يد غيره لعلمه أو شرفه . وقد حكي عن سفيان ^(١٠) أنه سمي

(١) هو : زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لؤذان بن عمرو بن عبدعوف ، الصحابي الجليل ، الإمام الكبير ، شيخ المقرئين والفرضيين ، مفتي المدينة أبوسعيد ، وأبوخارجة الخزرجي ، النجاري الأنصاري ، كاتب الوصي - رحمهما الله - حدث عن النبي ﷺ ، وعن صاحبيه ، وقرأ عليه القرآن بعضه أو كله ، ومناقبه جمّة ، وكانت وفاته سنة خمس وأربعين ، عن ست وخمسين سنة .
سير أعلام النبلاء (٢/٢٦٤) ، وطبقات ابن سعد (٢/٣٥٨) ، وطبقات خليفة (٨٩) ، وتاريخ خليفة (٩٩، ٢٠٧، ٢٢٣) .

(٢) في (د) « نفعل » .

(٣) في (ب) « لعلمائنا » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « من أكابر » .

(٥) في (ب) « تعلبه » .

(٦) في (ج) « فقال » .

(٧) في (ب) « يصنع » .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « بأهل » .

(٩) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٢/٣٦٠) ، والحاكم وصححه (٣/٤٢٣) ، وأقره الذهبي ، والطبري برقم (٤٧٤٦) وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٩/٣٤٥) ، والخافظ ابن حجر في الإصابة (٤/٤٢) ، وصحح إسناده ، والذهبي في سير أعلام النبلاء (٢/٤٣٧) ، وحسن إسناده شعيب الأرناؤوط .

(١٠) هو : سفيان بن عيينة ابن أبي عمران ميمون مولى محمد بن مزاحم ، أخي الضحاك بن مزاحم ، الإمام الكبير ، حافظ العصر ، شيخ الإسلام ، أبو محمد الهلالي الكوفي ، ثم المكي ، مولده بالكوفة في سنة سبع ومئة وطلب الحديث ، وهو حدث ، بل غلام ، ولقي الكبار ، وحمل عنهم علماً جمّاً وأتقن وجود ، وصنف ، وعمر دهرًا ، وازدحم الخلق عليه ، وانتهى إليه علو الإسناد ورحل إليه من البلاد ، وألحق الأحفاد بالأجداد ، وكانت وفاته سنة ثمان وتسعين ومائة سير أعلام

تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة فقال [له] ^(١) عبد الله بن ^(٢) المبارك ^(٣) : ومن يحسن هذا غيرك ^(٤) .

وإن قبّل يد غير العالم وغير السلطان العادل ؛ إن أراد به تعظيم ^(٥) المسلم وإكرامه فلا بأس به ، وإن أراد به عبادة له ^(٦) ، أو لينال منه شيئاً من عرض الدنيا . فهو مكروه . وكان الصدر الشهيد يفتي بالكراهة في هذا الفصل من غير تفصيل .

وعن علي الرازي ^(٧) أنه قال : كننا ندخل ^(٨) على المأمون ^(٩)

= النبلاء (٨/٤٥٤) ، وطبقات ابن سعد (٥/٤٩٧) تهذيب التهذيب (٤/١١٧) .

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) هو: عبد الله بن المبارك بن واضح الإمام شيخ الإسلام إمام زمانه ، أمير الأتقياء في وقته ، أبو عبد الرحمن الحنظلي ، مولاهم التركي ، ثم المروزي ، الحافظ ، الغازي ، أحد الأعلام وكانت أمه خوارزمية ، مولده في سنة ثمان عشرة ومئة ، فطلب العلم وهو ابن عشرين سنة وصنف التصانيف النافعة الكثيرة ، وحديثه حجة بالإجماع ، وهو في المسانيد والأصول ، مات ابن المبارك بهيت في شهر رمضان سنة إحدى وثمانين ومئة ، .

سير أعلام النبلاء (٨/٣٧٨) وتاريخ خليفة (١٤٦) وتهذيب التهذيب (٥/٣٨٣) والجواهر المضية (٢/٣٢٤) برقم ٧٢٠

(٤) البناية (١١/٢٢٣) .

(٥) في (ب) « يعظم » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) هو علي بن مقاتل الرازي من أقران محمد بن شجاع ، وكان عارفاً بمذهب أصحاب أبي حنيفة ، أخذ الفقه عن الحسن بن زياد ، وروى عن محمد وأبي يوسف ، وله كتاب الصلاة والسجلات وعدّه صاحب الهداية من أولي طبقات المقلدين وهم أصحاب الترجيح .

الجواهر المضية (٢/٦١٧) برقم ١٠١٧ ، وتاج التراجم (١٥٩) برقم ١٨٠ والفوائد البهية (١٤٤) .

(٨) في (ب) « يدخل » .

(٩) هو: المأمون الخليفة ، أبو العباس ، عبد الله بن هارون الرشيد بن محمد المهدي بن أبي جعفر المنصور العباسي ، ولد سنة سبعين ومئة ، وقر العلم والأدب والأخبار والعقليات وعلوم الأوائل ، =

ونقبل^(١) يده ، وبشر^(٢) يقول^(٣) : هذا فسق^(٤) .

وأما الكلام في تقبيل الوجه : حكى عن الفقيه أبي جعفر الهنداوي أنه قال : لا بأس أن^(٥) يقبل الرجل وجه الرجل^(٦) إذا كان فقيهاً أو عالماً أو زاهداً يريد بذلك إعزاز^(٧) الدين [٣/٢٤٢/د] ، فقد صح أن رسول الله ﷺ قبل بين عيني عثمان بن مظعون^(٨)

= وأمر بتعريب كتبهم ، وبالح ، وعمل الرصد فوق جبل دمشق ، ودعا إلى القول بخلق القرآن وبالح ، نسأل الله السلامة ، مات سنة ثمان عشرة ومئتين بالبدندون .
سير أعلام النبلاء (١٠/٢٧٢) ، والبداية والنهاية (١٠/٢٤٤) .

(١) في (ب) « ويقبل » .

(٢) هو : بشر بن الوليد بن خالد الإمام العلامة المحدث الصادق ، قاضي العراق ، أبو الوليد الكندي الحنفي ولد في حدود الخمسين ومئة ، روى بشر بن الوليد الكندي عن أبي يوسف كتبه وحمل الناس عنه من الفقه والنوادر والمسائل ، ومالا يمكن جمعها كثرة ، وكانت وفاته في ذي القعدة سنة ثمان وثلاثين ومئتين .

سير أعلام النبلاء (١٠/٦٧٣) ، الجواهر المضية (١/٤٥٢) برقم ٣٧٣ ، والطبقات السنية (٢/٢٣٩) برقم ٥٦٧

(٣) في (ب) « فيقول » .

(٤) عيون المسائل (٢/٣٨٣) ، وفتاوى قاضيخان (٣/٤٢٥) ، والفتاوى البزازية (٦/٣٥١) ، والبناء (١١/٢١٤) .

(٥) سقط من (ب) ، وفي (ج) « بأن » .

(٦) في (ب) « الرجل الرجل الرجل » ، وفي (ج) « الرجل الرجل » .

(٧) في (ب) « أو إعزاز » .

(٨) هو : عثمان بن مظعون بن حبيب بن وهب بن حذافة بن جمح بن عمرو بن هيص بن كعب الجمحي ، أبو السائب من سادة المهاجرين ، ومن أولياء الله المتقين الذين فازوا بوفاتهم في حياة نبيهم صلى عليهم ، وكان أبو السائب - رضى الله عنه - أول من دفن بالبقيع ، وكان عابداً مجتهداً مات في شعبان سنة ثلاث .

سير أعلام النبلاء (١٠/١٥٣) وطبقات ابن سعد (٣/٢٨٦١-٢٩١) ، وتاريخ خليفة (٦٥) والإصابة (٦/٣٩٥) .

بعد موته^(١) ، وقبل أبو بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - جبهة رسول الله ﷺ بعد موته^(٢) . وقد ذكر في الجامع الصغير : [٤٠٧ / ٢ / أ] ويكره أن يقبل الرجل وجه آخر ، أو

(١) أخرجه أبو داود في الجنائز ، باب ٤٠ - في تقبيل الميت (٥١٣ / ٣) الحديث رقم ٣١٦٣ عن عائشة قالت : رأيت رسول الله ﷺ يقبل عثمان بن مظعون ، وهو ميت ، حتى رأيت الدموع تسيل .

والترمذي في الجنائز ، باب ١٤ (٣١٥ / ٣) الحديث رقم ٩٨٩ ، وقال : حديث صحيح .

وابن ماجه في الجنائز ، باب ٧ (٤٦٨ / ١) الحديث رقم ١٤٥٦ .

والحاكم في المستدرک (٥١٤ / ١) ، كتاب الجنائز ، وقال : هذا حديث متداول بين الأئمة إلا أن الشيخين لم يحتجا بعاصم بن عبيد الله ، وشاهده الصحيح المعروف حديث عبد الله بن عباس ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة أن أبا بكر الصديق قَبِلَ النبي ﷺ وهو ميت ، قال الذهبي : لم يحتجا بعاصم

وابن أبي شبة في المصنف (٢٥٩ / ٣) كتاب الجنائز ، ١٨٧ - في الميت يقبل بعد الموت ، الحديث رقم ٢ .

والإمام أحمد في المسند (٤٣ / ٦ ، ٥٥ ، ٢٠٦) قال الشيخ الألباني في الإرواء (١٥٧ / ٣) الحديث رقم ٦٩٣ : ضعيف ، لأن عاصم بن عبيد الله ضعيف كما في التقريب .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في المغازي ، باب - مرض النبي ﷺ ووفاته (٧٥٣ / ٧) الحديث رقم ٤٤٥٥ ، ٤٤٥٦ ، ٤٤٥٧ ، ولفظه : « أن أبا بكر قبل النبي ﷺ بعدما مات » قال الحافظ (٧ / ٧٥٣ ، ٧٥٤) : وللطبراني من حديث جابر : « أن أبا بكر قبل جبهته » .

وفي الطب ، باب - اللدود (١٧٥ / ١٠) الحديث رقم ٥٧٠٩ ، ٥٧١٠ ، ٥٧١١ ، بلنظ : « أن أبا بكر رضي الله عنه قبل النبي صلى الله عليه وسلم وهو ميت » .

والإمام أحمد في المسند (١١٧ ، ٥٥ / ٦ ، ٢٢٠) .

وأخرجه النسائي في الجنائز ، باب ١١ - تقبيل الميت (١١ / ٤) الحديث رقم ١٨٣٩ ، عن عائشة : أن أبا بكر قبل بين عيني النبي صلى الله عليه وسلم وهو ميت . انظر أيضاً : الحديث رقم ١٨٤١ ، ١٨٤٠ .

والترمذي في الجنائز ، باب ١٤ (٣١٥ / ٣) الحديث رقم ٩٨٩ ، وقال : حسن صحيح .

وابن ماجه في الجنائز ، باب ٧ (٤٦٨ / ١) الحديث رقم ١٤٥٧ - وفي رواية عنده (٥٢٠ / ١) ، باب ٦٥ : « قبل بين عينيه » .

جبهته ، أو رأسه^(٢٨) .

رجل يختلف إلى رجل من أهل الباطل والشر ليدفع ظلمه وشره عن نفسه ، فإن كان هذا الرجل مشهوراً ممن يقتدى به يكره ؛ لأنه إذا كان يختلف إليه يُظَنُّ^(٣) أنه يرضى بأمره ، فكان^(٤) فيه مذلة أهل الحق ، وإن لم يكن^(٥) مشهوراً يقتدي به لا بأس [به]^(٦) إن شاء الله ؛ لأنه [عري]^(٧) عن هذا المعنى^(٨) .

رجل يدعوه [الأمير]^(٩) [فيَسْأَل]^(١٠) عن أشياء فإن تكلم بما يوافق [الحق]^(١١) يناله المكروه ، لا ينبغي أن يتكلم بخلاف الحق لقوله - عليه السلام - : « من تكلم عند

= وإحاكم في المستدرك (٥١٤ / ١) كتاب الجنائز .

وابن أبي شيبة في المصنف (٢٥٩ / ٣) كتاب الجنائز ، باب ١٨٧ ، الحديث رقم ٤ ، ٣ ، ١ .

وعبد الرزاق (٤٤١ / ١١) الحديث رقم ٢٠٩٤٨ .

(١) الجامع الصغير ص (٣٩٣) ، وعيون المسائل (٣٨٣ / ٢) ، والهداية (٩٠ / ٤) ، وتبيين

الحقائق (٢٥ / ٦) ، والفتاوى الهندية (٣٦٩ / ٥) .

(٢) في (ب) « رأسه . والله أعلم » .

(٣) في (ب) « لظن » .

(٤) في (ب) « وكان » .

(٥) في (ب) « لم يكن له » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « جرى » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٠) ، و فتاوى قاضيخان (٤٠٦ / ٣) ، والفتاوى البرازية

(٣٥٥ / ٦) .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) « الأسير » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ) « فيسأل » ، وفي (ب) « فسأله » ، وفي (ج) « فيسأله »

، وفي (هـ) « ليسأله » ، والمثبت من (د) ، والله أعلم .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « بما لا يوافق » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ،

و (هـ) .

ظالم بما يرضيه بغير حق يُغَيِّر الله - تعالى - قلب ذلك^(١) الظالم^(٢) عليه ويسلطه عليه^(٣) ، وهذا إذا لم يخف القتل أو تلف بعض جسده أو أخذ ماله، فإن خاف ذلك ، لا بأس بذلك ؛ لأنه مكروه^(٤) عليه معني^(٥) [والله أعلم]^(٦) .

(١) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٢) في (ج) « الطالب » .

(٣) لم أقف على حديث بهذا اللفظ .

(٤) في (ب) « يكره » .

(٥) فتاوى قاضيخان (٤٢٥ / ٣) ، والفتاوى البزازية (٣٥٥ / ٦) .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

الفصل الحادي والثلاثون في الانتفاع بالأشياء المشتركة

ذكر في وديعة العيون والواقعات : الأرض أو الكرم إذا كان بين حاضر وغائب ، أو بين بالغ ویتیم : أن الحاضر أو البالغ يرفع الأمر إلى القاضي ، ولو لم يرفع [الأمر إلى القاضي] ^(١) ففي الأرض يزرع ^(٢) بحصته ويطيّب له . وفي الكرم يقوم عليه ، فإذا أدركت ^(٣) الثمرة يبيعها ^(٤) ، ويأخذ حصته ، وتوقف حصة الغائب ، ويسعه ^(٥) ذلك - إن شاء الله - فإذا قدم الغائب ، فإن شاء ضمن ^(٦) القيمة ، وإن شاء أجازه ^(٧) . وذكر محمد في موضع آخر : لو أن الشريك أخذ حصته من الثمرة وأكلها . جاز له ، ويبيع نصيب الغائب ويحفظ ثمنها ^(٨) ، فإن حضر صاحبه ، وأجاز فعله ، يخير ^(٩) وإلا ضمنه القيمة . وإن لم يحضر فهو كاللقطة يتصدق بها . قال الفقيه أبو الليث : هذا ^(١٠) استحسان ، وبه نأخذ ^(١١) ، [قال] ^(١٢) ولو أدى الخراج كان متطوعا ^(١٣) .

وذكر محمد في شروط الأصل : في الدار إذا كانت مشتركة ، وأحد الشريكين

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ب) « زرع » .

(٣) في (ب) « ركب » .

(٤) في (ب) « يتبعها » .

(٥) في (ج) « ويسع له » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « ضمنه » .

(٧) في (ب) « لخصه » .

(٨) في (ج) « ثمنه » .

(٩) سقط من (ب) ، وفي (ج) ، و (هـ) « فخير » ، وفي (د) « مخير » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « وهذا » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « يأخذ » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ)

(١٣) عيون المسائل (٣٤٢/٢) ، وواقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٦ .

غائب، فأراد الحاضر أن يسكنها^(١) [إنسانا]^(٢) أو يؤجرها^(٣) إنسانا، قال : أما فيما بينه وبين الله - تعالى - فلا ينبغي له ذلك ؛ لأنه يتصرف في نصيبه ونصيب شريكه ، والتصرف في ملك الغير حرام حقا لله - تعالى - وحقا لصاحب الملك ، وفي القضاء لا يمنع من ذلك^(٤) ؛ لأن الإنسان لا يمنع عن التصرف فيما في يده إذا لم ينازعه أحد، فإن أجر، [وأخذ الأجر]^(٥) ينظر إلى حصة نصيب شريكه من الأجر ويرد ذلك عليه إن قدر وإلا يتصدق ؛ لأنه تمكن فيه [خبث]^(٦) لحق شريكه^(٧) وكان كالغاصب^(٨) إذا أجر وقبض الأجر يتصدق أو يرده على^(٩) المغصوب منه . أما ما يخص نصيبه يطيب له ؛ لأنه لا خبث فيه . هذا إذا أسكن غيره ، فأما إذا سكن^(١٠) بنفسه ، وشريكه غائب ، فالقياس^(١١) [أن لا يكون]^(١٢) له ذلك فيما بينه وبين الله - تعالى - ؛ كما لو أسكن^(١٣) غيره ، وفي الاستحسان : له ذلك ؛ لأن له أن يسكن الدار من غير إذن صاحبه [حال حضرة

(١) في (ب) « أن يسكنها » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ ، وهي في (ج) بالرفع ، وفي (ب) ، و (د) ، و (هـ) بالنصب ، وهو الصواب ، كما يدل عليه ماسياتي في باقي المسألة .

(٣) في (ب) « أو أجرها » .

(٤) في (ب) « من التصرف » .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « واحد الآخر » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « حيث » ، والمنبث من (ج) ، والله أعلم

(٧) في (ب) « لشريكه » .

(٨) في (د) « الغاصب » .

(٩) في (ب) « إلى » .

(١٠) في (د) « أسكن » .

(١١) في (ج) « والقياس » .

(١٢) مابين المعقوفين في (أ) « أن يكون » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) في (ب) « سكن » .

صاحبه^(١)، فإنه^(٢) يتعذر الاستغذان في كل مرة ، على^(٣) هذا أمر الدور فيما بين الناس ، فكان له أن يسكن حال غيبته ، فأما^(٤) ليس له إسكان غيره حال حضرة صاحبه بغير إذنه فكذا حال غيبته ، وإلى^(٥) هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال : هكذا عامة الدور . وفي العيون : لو أن داراً غير مقسومة بين رجلين ، غاب أحدهما ، [وسع الحاضر أن يسكن بقدر حصته فيسكن الدار كلها . وكذا خادم بين رجلين غاب أحدهما]^(٦) فللحاضر أن يستخدم الخادم بخصته ، وفي الدابة لا يركبها الحاضر ؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب ، أما^(٧) لا يتفاوتون في السكنى واستخدام الخادم ، فيتضرر الغائب بركوب الدابة ، ولا يتضرر بالاستخدام وبالسكنى^(٨) .

في إجازات^(٩) النوازل : عن محمد بن مقاتل : أن للحاضر أن يسكن الدار قدر نصيبه . وعن محمد : أن للحاضر أن يسكن جميع الدار ، إذا خاف على الدار الخراب إن لم يسكنها . وروى ابن أبي مالك^(١٠) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : في الأرض أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته ، وفي الدار له أن يسكن^(١١) . وفي نوادر

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « لأنه » .

(٣) في (ج) « وعلى » .

(٤) كذا في جميع النسخ ، ولعلها هنا تعنى « فكما » .

(٥) في (ب) « إلى » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) كذا في جميع النسخ ، وهنا تكون بمعنى « لكن » .

(٨) عيون المسائل (٣٤٢ / ٢) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « إجازات » .

(١٠) هو : أبو مالك الحسن بن أبي مالك ، تفقه على أبي يوسف القاضي ، وتفقه عليه محمد بن شجاع الثلجي ، قال الصيمري : ثقة في روايته ، غزير العلم ، واسع الرواية ، وكانت وفاته سنة أربع ومئتين .

الجواهر المضية (٩٠ / ٢) برقم ٤٨١ ، والفوائد البهية ٦٠ .

(١١) في (ج) « يسكنها » .

هشام :

وإذا أراد الرجل^(١) إحداث ظلة في طريق العامة^(٢)، ولا يضرر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - أن لكل واحد من [٥ / ١٨١ / هـ] آحاد المسلمين حق المنع، وحق الطرح، وقال محمد : له حق المنع من الإحداث، وليس له حق الطرح . [وقال أبو يوسف : ليس له (حق المنع ولا حق الطرح)^(٣)، وإن^(٤) كان يضر ذلك بالمسلمين فلكل واحد من آحاد المسلمين^(٥) حق الطرح والرفع .

إذا^(٦) أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر وعدم الضرر عندنا ؛ بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء، وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة ؟، ذكر^(٧) أبو جعفر الطحاوي : أنه يباح ولا يائثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعد ما خاصمه أحد لا يباح الإحداث، ولا يباح الانتفاع^(٨) ويائثم بترك الظلة^(٩). وقال أبو يوسف ومحمد : يباح له الانتفاع إذا كان لا يضر ذلك بالعامة .

وفي المنتقى : قال إذا أراد أن يبني كنيفاً أو ظلة على طريق العامة فإنني أمنعه عن ذلك وإن بنى [٢ / ٤٠٨ / أ] ثم اختصموا نظرت في ذلك : فإن كان فيه ضرر أمرته أن يقلع، وإن لم يكن فيه ضرر تركته على حاله . وقال محمد : إذا أخرج الكنيف ولم يدخله في

(١٢) سقط من (ب)، و (ج) .

(١٣) فتاوى أبي الليث، اللوحة رقم (١٦٤) .

(١) في (ب) « الرجال » .

(٢) في (ب) « النجاسة » .

(٣) مابين المعتوفين سقط من (ج) .

(٤) في (ج) « فإن » .

(٥) مابين المعتوفين سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « فإن » وفي (ج) « وإن » .

(٧) في (ب) « ذكر النقي » .

(٨) في (د) « لا يباح له الإحداث، ولا يباح له الانتفاع » .

(٩) في (ج) « الظلم » .

داره [ولم] ^(١) يكن فيه ضرر ترك وإذا أدخله في داره ^(٢) منع عنه ؛ لأنه إذا ^(٣) أدخله داره فالبينة على الذي يخاصمه ^(٤) أنه ^(٥) من الطريق .

[وقال] ^(٦) في رجل له ظلة في سكة غير نافذة : فليس لأصحاب السكة أن يهدموها إذا لم يعلم كيف كان أمرها . وإن علم أنه بناها على السكة هدمت ، ولو كانت السكة نافذة هدمت في الوجهين جميعاً .

وقال أبو يوسف : إن ^(٧) كان فيه ضررٌ أهدمها وإلا فلا ^(٨) ، فالحاصل ^(٩) : أن ما كان على طريق العامة إذا لم يعرف حالها يجعل حديثاً ، حتى كان للإمام رفعها [وما كان في سكة غير نافذة إذا لم يُعلم حالها يجعل قديمة ، حتى لا يكون لأحد رفعها] ^(١٠) .

قال شيخ الإسلام خواهر زاده : وتأويل هذا في سكة غير نافذة [أن تكون ^(١١) داراً مشتركة بين قوم ، أو أرضاً مشتركة ^(١٢) بينهم ، بنوا فيها مساكن وحجرات ^(١٣) ، ورفعوا بينهم طريقاً ، حتى تكون ^(١٤) الطريق ملكاً لهم ، فأما ^(١٥) إذا ^(١٦) كانت السكة في الأصل

-
- (١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « لم » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .
 (٢) في (ب) « تركت ، وأدخله داره » وفي (ج) « تركت ، وإذا أدخله داره » .
 (٣) سقط من (د) .
 (٤) في (ج) « يخاصم » .
 (٥) سقط من (ب) .
 (٦) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « قال » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .
 (٧) في (د) « وإن » .
 (٨) في (ج) « وما لا فلا » .
 (٩) في (ج) « والحاصل » .
 (١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
 (١١) في (ج) « يكون » .
 (١٢) في (ج) « مشتركة » .
 (١٣) في (ج) « وحجراً » .
 (١٤) في (ج) ، و (د) « يكون » .
 (١٥) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

أُحيطت بأن بنوا^(١) داراً وتركوا^(٢) هذا الطريق للمرور، فالجواب فيه^(٣) كالجواب في طريق العامة؛ لأن هذا الطريق بقي على ملك العامة، ألا ترى^(٤) [٢ / ٥٥٨ / ج] أن لهم أن يدخلوا هذه السكة عند الزحام. وحكي عن الشيخ الإمام الأجل^(٥) شمس الأئمة الحلواني أنه كان يقول في حد السكة الخاصة: أن يكون فيها قوم يحصون^(٦)، أما إذا كان فيها قوم لا يحصون^(٧) فهي سكة عامة، والحكم [فيها نظير الحكم]^(٨) في طريق العامة^(٩).

(١٦) في (ب) « وإذا » .

(١) في (ب) « يلبسوا » .

(٢) في (ب) « ويتركوا » وفي (ج) « ويتركون » .

(٣) في (ب) « ثمة » .

(٤) في (ب) « ألا يرى » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « يُحصَوْنَ » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « لا يحصَوْنَ » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) عيون المسائل (٢ / ٣٣٩) ، و فتاوى قاضيه خان (٣ / ٤٣٢) ، و (٣ / ٤٣٣) .

الفصل الثاني والثلاثون في المتفرقات .

رجل له امرأة لا تصلي^(١) يطلقها ، حتى لا يصحبَ امرأة لا تصلي^(٢) ، فإن لم يكن له ما يعطي مهرها ، فالأولى أن يطلقها . قال الإمام أبو حفص^(٣) الكبير^(٤) صاحب محمد بن الحسن : إن لقي الله تعالى ومهرها في عنقه^(٥) أحب إليّ من أن يطأ امرأة لا تصلي^(٦) . غمز الأعضاء^(٧) في الحمام من غير ضرورة مكروه^(٨) . وفي فتاوى أهل^(٩) سمرقند : قال الفقيه أبو جعفر : سمعت شيخ الإسلام^(١٠) أبا بكر يقول : لا بأس بأن يغمز الرجل

(١) في (ب) ، و (ج) « لا يصلي » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « لا يصلي » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « أبو جعفر » .

(٤) هو : أحمد بن حفص ، المعروف بأبي حفص الكبير ، الإمام المشهور ، الفقيه العلامة ، شيخ ماوراء النهر ، أبو حفص البخاري الحنفي ، فقيه المشرق ، ووالد العلامة شيخ الحنفية أبي عبد الله محمد ابن أحمد بن حفص الفقيه ، ارتحل ، وصحب محمد بن الحسن مدة ، وبرع في الرأي ، وسمع من وكيع بن الجراح ، وأبي أسامة ، وهذه الطبقة .
كان مولد أبي حفص الفقيه سنة خمسين ومئة ، وكانت وفاته ببخارى في المحرم سنة سبع عشرة ومئتين .

سير أعلام النبلاء (١٥٧/١٠) ، الجواهر المضية (١٦٦/١) ، برقم ١٠٤ ، وتاج التراجم (١٥) برقم ١٨ ، والطبقات السنية (٣٤٢/١) برقم ١٨٦ ، الفوائد البهية (١٨) .

(٥) في (ج) « ذمته » .

(٦) عيون المسائل (٤٧٤/٢) ، والفتاوى البزازية (٣٥٣/٦) .

(٧) غمزه يغمره : شبه النخس ، وهو الكبس والعصر ، والغمّازة الجارية الحسنة الغمز للأعضاء . لسان العرب (٣٨٨/٥) ، القاموس المحيط ص (٦٦٨) ، المصباح المنير (٤٥٣) ، والمعجم الوسيط ٢/٦٦٢ ، طلبه الطلبة ١٨٤ .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) في (ب) « الشيخ الإمام » وفي (ج) « سمعت الشيخ أبا بكر » .

الساق^(١) ، ويكره أن يغمز الفخذ ويمسه^(٢) من وراء ثوب أو غيره . قال الفقيه أبو جعفر : ونحن نبيح هذا ، ولا بأس له^(٣) . قال الفقيه أبو جعفر هذا - رحمه الله - : وكان الشيخ أبو بكر^(٤) يقول : يغمز الرجل رجل والدته^(٥) ، ولا يغمز فخذ والدته^(٦) .

من أمسك حراماً ، لأجل غيره ، كالخمر ونحوه ، إن أمسك لمن يعتقد جرمته كالخمر يمسك^(٧) للمسلم لا يكره ، وإن أمسك لمن يعتقد إباحته كما لو أمسك الخمر للكافر يكره^{(٨)(٩)} .

سئل^(١٠) مالك بن أنس - رحمته الله - عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم لجوره ، هل يحل لهم ذلك ؟ ، فأجاب وقال : إن كانوا اثني عشر ألفاً كلمتهم واحدة وسعهم ذلك وإن كانوا أقل من اثني عشر ألفاً^(١١) لا يسعهم ذلك . وكان يستدل بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال^(١٢) : « لن يغلب اثنا عشر ألفاً عن قلة كلمتهم واحدة »^(١٣) ويقول [إن رسول

(١) في (ج) « بأن يغمز الرجل الرجل إلى الساق » .

(٢) في (ج) « ولمسه » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « ولا بأس به » .

(٤) في (ب) « الشيخ الإمام أبو بكر » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « والديه » ، في الموضعين .

(٦) واقعات الناطفي اللوحة رقم ١١٠ ، واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٢ ، وفتاوى قاضيخان (

٤١٤/٣) ، وفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٨) ، والبحر الرائق (٨ / ٢٢٣) .

(٧) في (ب) ، و (ج) « يمسكه » .

(٨) البحر الرائق ٨/٢٢٣ ، وفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٣) .

(٩) هنا في (أ) تقديم وتأخير في ترتيب الصفحة اليسرى للوحة ، وكذا في ٤١١ - ٤١٢ ، ٤١٣ ،

من غير سقط ، وقد جعلت الترقيم على الوضع الصحيح دون النظر إلى ذلك التقديم والتأخير .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « سئل عن مالك » .

(١١) في (ب) « وإن كانوا أقل من ذلك » .

(١٢) في (ب) « أخبر وواعد أن اثني عشر ألفاً لا يغلبون إذا كانت كلمتهم واحدة ، ووعد النبي -

عليه السلام - حق » ١ . هـ . وسقط منها نص الحديث .

(١٣) أخرجه أبو داود في الجهاد باب ٨٩ - ما يستحب من الجيوش والرفقاء والسرايا (٨٣ ، ٨٢/٣)

رسول الله ﷺ أخير ووعد أن اثني عشر ألفاً لا يغلبون إذا كانت كلمتهم واحدة ، ووعد النبي - عليه السلام - حق [(١) ، والخروج (٢) على السلطان لدفع جورهِ سعيّاً (٣) إلى

= الحديث رقم ٢٦١١ بسنده عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ قال : « خير الصحابة أربعة ، وخير السرايا أربعمئة ، وخير الجيوش أربعة آلاف ، ولن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة » ، وقال : الصحيح أنه مرسل .

والترمذي في السير ، باب ٧ - ما جاء في السرايا (١٠٥ / ٤ ، ١٠٦) الحديث رقم ١٥٥٥ ، بلفظ : « ولا يغلب » . وقال : حديث حسن غريب ، لا يسنده كبير أحد غير جرير بن حازم ، وإنما روى هذا الحديث عن الزهري عن النبي ﷺ مرسلأ .

وابن ماجه في الجهاد ، باب ٢٥ (٩٤٤ / ٢) الحديث رقم ٢٨٢٧ ، وفي الزوائد : في إسناده عبد الملك بن محمد الصنعاني وأبو سلمة العاملي وهما ضعيفان .

وقال السيوطي : قال ابن أبي حاتم : سمعت أبي يقول : العاملي متروك . والحديث باطل .
والدارمي في السير ، باب ٤ - خير الأصحاب والسرايا (١٣٥ / ٢) الحديث رقم ٢٤٤٣ بلفظ : « خير الأصحاب أربعة ، وخير الجيوش أربعة آلاف ، وخير السرايا أربعمئة ، وما بلغ اثنا عشر ألفاً فصبروا وصدقوا ، فغلبوا من قلة » .

والإمام أحمد في المسند (٢٩٤ / ١ ، ٢٩٩) .

والحاكم في المستدرک (١١٠ / ٢ ، ١١١) كتاب الجهاد ، وقال : هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف بين الناقلين فيه عن الزهري ، ووافقه الذهبي .

وصحح الحديث الشيخ الألباني . انظر : سلسلة الصحيحة (٧١٩ / ٢) الحديث رقم ٩٨٦ - وصحح الجامع الصغير (١٢٩٥ / ٢) الحديث رقم ٧٨٥٠ .

أما الذي رواه ابن ماجه (٩٤٤ / ٢) الحديث رقم ٢٨٢٧ ، عن أنس ، بلفظ : « يا أكرم أغزمع غير قومك .. فهو ضعيف جداً ، وقد صح منه جله . انظر : ضعيف الجامع الصغير (٩٨ / ٦) الحديث رقم ٦٣٩٤ .

(١) مابين المعقوفين في (أ) و (د) : « ووعد النبي حق . وإذا كانوا لا يغلبون بوعده النبي ﷺ »
والتصويب من (ج) .

(٢) في (ب) « فالخروج » .

(٣) في (ب) و (ج) « لا يكون سعيّاً » .

أنفسهم فيسعهم ذلك . وإذا كانوا^(١) أقل من اثني عشر^(٢) لم يتيقن بغلبتهم ، فلو خرجوا ولم يغلبوا يقصدهم السلطان الجائر بالأذى ، فكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم [٢٤٣ / ٣ / د] فلا يسعهم ذلك^(٣) .

سئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن : أهو أفضل للمتفقه أو دراسته^(٤) للفقه ؟ قال : حُكي عن الشيخ الفقيه أبي مطيع^(٥) أنه قال : النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة^(٦) .

في آخر النوازل : وعن أبي عاصم أنه قال : طلب الأحاديث حرفة المفاليس^(٧) ، يعني به : إذا طلب الحديث ولم يطلب فقهه^(٨) .

وفي فتاوى أهل سمرقند : يكره الجلوس في المسجد في المصيبة ثلاثة أيام ، وفي غير المسجد جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال ، وتركه أحسن^(٩) .

وفي النوازل : لا بأس بأن^(١٠) يتخذ في المسجد بيت يوضع فيه البواري^(١١) لتعامل

(١) في (ب) « وإذا كان » .

(٢) في (ج) « اثني عشر ألفا » .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٨٠ / ٧ - ٣٨١) ، والبحر الرائق ٢٢٣ / ٨ .

(٤) في (ج) « دراسة » .

(٥) هو : أبو مطيع البلخي صاحب الإمام الحكم بن عبدالله بن مسلمة بن عبد الرحمن ، القاضي ، الفقيه ، راوي كتاب « الفقه الأكبر » عن الإمام ، كان قاضيا ببلخ ست عشرة سنة ، وكانت وفاته سنة سبع وتسعين ومائة ، ببلخ . الجواهر المضية (٨٧ / ٤) ، الحديث رقم ١٩٨٠ ، وتاج التراجم (٣٢٢) برقم ٦ ، الطبقات رقم ٧٨٨ ، والفوائد البهية ٦٨ - ٦٩ .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣٢٩) ، والفتاوى البزازية (٣٥١ / ٣) ، و (٣٧٧ / ٣) .

(٧) المفاليس : جمع مُفْلَس : وهو من لم يبق معه مال وصار بحيث يقال : ليس معه ، أو له فُلْس ، أو أنه صارت دار همه فلوسا بعد أن كانت دراهم .

لسان العرب (١٦٥ / ٦) ، والمصباح المنير (٤٨١ / ٢) ، القاموس المحيط (٧٢٧) .

(٨) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣٢٩) ، والبحر الرائق (٢٢٣ / ٨) .

(٩) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٠ .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « أن » .

الناس . وفي كراهة واقعات الناطفي ويكره الوضوء في المسجد إلا أن يكون فيه موضع اتخذ لذلك ، ولا يصلى فيه^(١) انتهى^(٢) . وفي القدوري : كره أبو حنيفة [١٨٢ / ٥ هـ] وأبو يوسف - رحمهما الله تعالى - الوضوء في المسجد ، وقال محمد : لا بأس به إذا لم يكن عليه قذر .

وفي النوازل : رجل يمر في المسجد ويتخذ فيه طريقاً ، فإن كان بعذر يجوز ، وإن كان بغير عذر لا يجوز ، ثم إذا جاز يصلي في اليوم مرة واحدة تحية المسجد ، ولا يصلي أكثر من ذلك ؛ لأن فيه حرجاً .

وإذا تعلق بثياب المصلي بعض ما يلقي في المسجد من البواري والحشيش ، فأخرجه ، فليس عليه أن يرده إلى المسجد إذا لم يتعمد^(٣) ؛ لأن ما في المسجد يخرج به خادم المسجد^(٤) عسى^(٥) ، فإذا وقع خارج المسجد لا تجب الإعادة إلى المسجد^(٦) .

رجل مات فأجلس^(٧) وارثه على قبره رجلاً يقرأ القرآن تكلموا فيه ؛ بعضهم قالوا : يكره ، وبعضهم قالوا : لا يكره . والمسألة في الحقيقة بناء على أن قراءة القرآن [٤٠٩ / ٢] أ[في القبور^(٨) هل يكره ؟ والمختار أنه لا يكره . وهل ينفع الميت^(٩) ؟ تكلموا فيه^(١٠) ،

(١١) البواري : جمع البوري ، وهو الحصير المنسوج ، المعمول من القصب ، وإلى بيعه يُنسب الحسن بن

الربيع البواري ، شيخ البخاري ومسلم . لسان العرب (٨٧ / ٤) ، والقاموس المحيط ص (٤٥٢) .

(١) في (ب) « عليه » .

(٢) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٣) في (ج) ، و (د) « لم يتعمد ذلك » .

(٤) في (ج) « خادمه » .

(٥) كذا في جميع النسخ ، ولعل المراد : لأن ما في المسجد عسى يخرج به خادم المسجد .

(٦) عيون المسائل (٤٧٧ / ٢) .

(٧) في (ب) ، و (ج) ، « وأجلس » .

(٨) في (ج) « في المقبرة » .

(٩) في (ب) « وينفع الميت » .

(١٠) سقط من (ب) .

والأشبه أنه ينفع ؛ لأن الأخبار وردت بقراءة آية الكرسي وسورة الفاتحة وسورة الإخلاص وغير ذلك^(١) . وحكى عن الفقيه أبي بكر القاضي^(٢) أنه أوصى عند موته بذلك^(٣) .

وفي نوادر هشام : قال سمعت أبا يوسف يقول : رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم ، وأرجح له دانقاً^(٤) . قال : لا نقبله حتى يقول : أنت في حل ، أو هو لك^(٥) .

سئل محمد بن مقاتل عن رجل سرق ماء ، وأسأله^(٦) إلى أرضه وكرمه ؟ ، فأجاب^(٧) : أنه يطيب له ما خرج من نَزْلِهِ^{(٨) (٩)} .

رجل غصب شعيراً^(١٠) أو تبناً ، وسمّن به دابته ، فإنه يجب عليه قيمة^(١١) ما غصب ، وما زاد في الدابة طيب له^(١٢) . [ذكر القيمة وقع سهواً والصحيح أن عليه مثل ما غصب]^{(١٣) (١٤)} .

قال أبو الليث^(١٥) : وقد حُكي عن بعض الزاهدين أن الماء وقع في كرمه في غير نوبته

(١) تقدم في ص (٩٥) أنه لم يصح في ذلك شيء عن النبي ﷺ .

(٢) أبو بكر القاضي : لم أُنَبِّئَ المراد من بين الكثير من العلماء ممن له نفس الكنية واللقب .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٥) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٥٨) .

(٤) في (ج) « دانقاً » .

(٥) الفتاوى الهندية (٥ / ٣٦٥) .

(٦) في (ج) « سرق وأسأله » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) الفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٤) . « النزل معناه / ربح » .

(٩) في (ج) « بمنزلة » .

(١٠) في (ب) « شعراً » .

(١١) في (ج) « مثل » .

(١٢) في (د) « يطيب له » .

(١٣) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٤) الفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٤) .

(١٥) في (ب) ، و (ج) « قال الفقيه أبو الليث » .

فأمر بقطع كرمه ، ونحن لا نقول بقطع الكرم^(١) ؛ لأن فيه إفساد المال ، ولكن لو تصدق بنزله كان حسناً ، أما لا يجب عليه التصدق^(٢) في الحكم^(٣) .

سئل الفقيه أبو القاسم^(٤) عن رجل زرع أرض رجل بغير إذنه فلم يعلم صاحب الأرض^(٥) حتى استحصد الزرع فعلم ورضي به هل يطيب للزارع؟^(٦) قال : نعم ، قيل له : فإن قال : لا أرضى ، ثم قال : رضيت ، هل يطيب له؟ قال : يطيب له أيضاً . قال الفقيه أبو الليث : وهذا استحسان ، وبه نأخذ^(٧) .

اختلف العلماء في كراهية تعليق الجرس على الدواب ، فمنهم من قال بكراهيته في الأسفار كلها ، الغزو وغيره في ذلك سواء ، وهذا القائل يقول بكراهية ذلك^(٨) في الحضر [كما يقول بكراهيته في السفر . ويقول أيضاً بكراهية اتخاذ الجَلَّاجِل^(٩) في رجل الصغير]^(١٠) والمعنى في ذلك أن الشيطان يستأنس ويتلهى بصوته كما يستأنس ويتلهى بصوت المزامير^(١١) .

وقال محمد - رحمه الله - في السير الكبير : إنما يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار^(١٢)

(١) في (ج) « كرمه » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) الفتاوى الهندية (٣٧٥ / ٥) .

(٤) في (ج) « سئل الفقيه عن » .

(٥) في (ج) « صاحب الزرع » .

(٦) في (ج) « للزارع الزرع » .

(٧) الفتاوى الهندية (٣٧٥ / ٥) .

(٨) في (ج) « بكراهيته » .

(٩) الجَلَّاجِل : جمع جُلَّجُل ، وهو الجرس الصغير الذي يعلق في أعناق الدواب ونحوها ، وهو

معروف . لسان العرب (١٢٢ / ١١) ، والمصباح المنير (١٠٦ / ١) ، والقاموس المحيط (١٢٦٤) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١١) مابين المعقوفين زيادة من (ج) ، وفي (ب) « كما يستأنس ويتلهى بصوت المزامير » .

(١٢) في (ب) « للغزاة دار الحرب » .

الحرب، وهو المذهب عند علمائنا ؛ لأن^(١) تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب ؛ لأن العدو يشعر بمكان^(٢) المسلمين ، فإن كان بالمسلمين قلة يتبادرون إليهم فيقتلونهم وإن كان بهم كثرة فالكفار يتحرزون عنهم ويتحصنون ، فعلى هذا قالوا : إن كان الراكب في المفازة في دار الإسلام يخافون^(٣) من اللصوص يكره لهم تعليق الجرس [على الدواب أيضا حتى لا يشعر بهم اللصوص فلا يستعدون لقتلهم وأخذ أموالهم ، والذي ذكرنا من الجواب في الجرس]^(٤) فهو الجواب في الجلال .

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير : فأما إذا كان في دار الإسلام فيه منفعة لصاحب الرحلة فلا بأس^(٥) ، قال : وفي الجرس منفعة جمّة ، منها : إذا ضل واحد من القافلة يلتحق بها بصوت الجرس ، ومنها : أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة كالذئب وغيره ، ومنها : أن صوت الجرس يزيد به^(٦) نشاط الدواب ، فهو نظير الحدو^(٧) فإنه جَوَزَ ؛ لأنه يزيد في نشاط الدواب^(٨) .

واختلف الناس في ضرب الدف في العرس^(٩) ، قال بعضهم : لا بأس^(١٠) ؛ لما روي عن

(١) في (ب) ، و (ج) « أن » .

(٢) في (ب) « لمكان » .

(٣) كذا العبارة في جميع النسخ . ولعل « أل » في كلمة الراكب للجنس ، أو تكون الكلمة حرفت من « الركب » جمع راكب .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « فلا بأس به » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « يزيد في نشاط » .

(٧) الحدو : من حدا الإبل حداً وحداً وحداً : إذا زجرها وساقها وحثها على السير بالحدا ، وهو الغناء لها . القاموس المحيط (١٦٤٣) ، والمصباح المنير (١٢٥ / ١) .

(٨) شرح السير الكبير للسرخسي (١٨٨ / ١) .

(٩) الدف : يضم الدال وفتحها ، الذي يلعب ويضرب به ، والجمع دُفوف . القاموس المحيط ص (١٠٤٧) ، والمصباح المنير ص (١٩٧) .

والعرس بالضم : الزفاف والنكاح ، والجمع أعراس . القاموس المحيط ٧١٨ ، والمصباح المنير ٤٠٢ / ١ .

(١٠) في (ب) ، و (د) « لا بأس به » .

عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال : « أعلنوا النكاح ، واجعلوه ^(١) في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » ^(٢) .

وقال محمد بن سيرين : سمعت عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان إذا سمع صوتاً أنكره سأل عنه ؛ فإن قالوا : عرس أو ختان . أقره ^(٣) .

وقال بعضهم : يكره ؛ لقوله - عليه السلام - : « كل لهو للمؤمن باطل إلا ثلاث ، تأديبه فرسه ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته مع أهله » ^(٤) .

(١) في (ب) « واجعلوا » .

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح ، باب ٦ - ما جاء في إعلان النكاح (٣٩٩/٣) الحديث رقم ١٠٨٩

عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » . وقال : حديث غريب حسن ، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث .
والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩٠/٧) كتاب الصداق ، باب ما يستحب من إظهار النكاح ... وزاد : « وليولم أحدكم ولو بشاة ، فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خضب بالسواد فليعلمها ولا يغرنها » وقال : عيسى بن ميمون ضعيف .

والديلمي في الفردوس (١٠٢، ١٠١/١) الحديث رقم ٣٣٥ بزيادة « وليولم أحدكم ولو بشاة » .

وقال الشيخ الألباني : ضعيف بهذا التمام ، أما تحسين الترمذي للحديث فإنما هو باعتبار الفقرة الأولى منه ، فإن لها شاهداً من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعاً ، وأما الجملة التي بعدها فإنني لم أجد لها شاهداً فهي لذلك منكورة .

انظر : سلسلة الضعيفة (٤٠٩ ، ٤١٠) الحديث رقم ٩٧٨ - والإرواء (٥٠/٧) الحديث رقم ١٩٩٣ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٠/٧) كتاب الصداق ، باب ما يستحب من إظهار النكاح ... عن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان إذا سمع صوتاً أو دفأ ، قال : ما هذا ؟ فإن قالوا : عرس أو ختان ، صمت .

(٤) أخرجه أبو داود في الجهاد ، باب ٢٤ - في الرمي (٢٩/٣) الحديث رقم ٢٥١٣ ، بلفظ : « ليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله » .

والنسائي في الخيل ، باب ٨ - تأديب الرجل فرسه (٢٢٣/٦) الحديث رقم ٣٥٧٨ .

وابن أبي شبة في المصنف (٥٨٠ ، ٥٩٨) كتاب الجهاد ، ١ - ما ذكر في فضل الجهاد =

قال الفقيه أبو الليث : الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع السنجات^(١) والجلالات ينبغي أن يكون مكروهاً بالاتفاق^(٢) ، وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمن المتقدم^(٣) .

قال محمد في الجامع الصغير : مسلم باع خمرأً وأخذ ثمنه ، وعلى بائع الخمر دين لرجل ؛ كره لصاحب الدين أن يقضي دينه من ذلك ، وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به^(٤) ، والوجه في ذلك : أن الخمر ليس بمتمقوم^(٥) في حق المسلم فلم يجز بيعه ، ولم يملك ثمنها لا بالعقد ولا بالقبض ؛ بل بقي الثمن على ملك مشتري الخمر ، فإذا أخذ صاحب

= والحث عليه ، الحديث رقم ١٣٠ ، ٢٤٥ .

والحاكم في المستدرک (١٠٤ / ٢) كتاب الجهاد ، الحديث رقم ٢٤٦٧ / ٩٢ ، ٢٤٦٨ / ٩٣ ، رقم الفهارس ٢ / ٩٥ ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وله شاهد على هذا الاختصار صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي على الأول ، وقال في الثاني : سويد (الراوي) متروك . وعندهما « كل ما يلهو به المرأة المسلم باطل إلا » .

والإمام الترمذي بهذا اللفظ في فضائل الجهاد ، باب ١١ - ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله (١٤٩ / ٤) رقم ١٦٣٧ وقال : حديث حسن صحيح .

وابن ماجه في الجهاد ، باب ١٩ - الرمي في سبيل الله (٩٤٠ / ٢) الحديث رقم ٢٨١١ .
والدليمي في الفردوس (١٠٦ / ١) الحديث رقم ٣٥٦ ، بلفظ « كل شيء يلهو به الرجل باطل إلا » .

والإمام أحمد في المسند (١٤٤ / ٤ ، ١٤٦ ، ١٤٨) .

والبيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ١٣ ، ١٤) كتاب السبق والرمي ، باب التحريض على الرمي ، بلفظين اثنين .

(١) في (ج) « الصنجات » .

(٢) الصنجات : جمع سنجة ، والمراد سنجة الميزان ، وهي مايوزن به كالرطل والأوقية ، وهي مُعَرَّب .
القاموس المحيط (٢٤٨) ، والمنصباح المنير (٢٩١ / ١) ، والمعجم الوسيط (٤٥٣ / ١) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) فتاوى قاضيخان (٤٠٥ / ٣) ، والفتاوى البزازية (٣٦٤ / ٦) .

(٥) الجامع الصغير ص (٣٩٣) ، والفتاوى البزازية (٣٦١ / ٦) .

(٦) في (ج) « بمتمومة » .

الدين ذلك فقد أخذ ملك المشتري بغير إذنه فلا يجوز ، فأما الخمر متقوم في حق الذمي فجاز بيعه وملك ثمنها^(١) ، فلو أخذ صاحب الدين ذلك فقد أخذ ملك البائع بإذنه^(٢) فيجوز .

ولا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد ؛ لأن هذا^(٣) إعانة لهم على أذى الناس ، وقد قال خلف بن أيوب : لو كنت قاضياً لم أقبل شهادة من يتصدق في المسجد^(٤) . قال الفقيه أبو بكر بن إسماعيل الزاهد : هذا فليس^(٥) يحتاج إلى سبعين فلساً ليصير كفارة له^(٦) .

الصُّبْرَةُ^(٧) إذا أصاب طرفاً منها^(٨) نجاسة ، ولا يعلم ذلك بعينه فعزل^(٩) منها قفيزاً^(١٠) أو قفيزين ، فغسل ذلك ، أو أزال ذلك عن ملكه ببيع أو هبة . يحكم بطهارة ما بقي من الصبيرة ؛ لجواز أن المعزول هو الذي أصابه^(١١) النجاسة فلا يتيقن بنجاسة ما بقي ، وقد عرفناه مباح التناول فلا يثبت الحرمة بالشك ، ولا رواية عن أصحابنا في هذه ، ومشايخنا

(١) في (د) « ثمنه » .

(٢) في (ج) « بأمره » .

(٣) في (ج) « المسجد الجامع ، لأنه إعانة » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « المسجد الجامع » ، وفي (د) « الجامع المسجد » ، وقد وضعت فوق الكلمتين إشارتان . لعل المقصود منهما أن كلمة الجامع تقدمت سهواً على كلمة المسجد .

(٥) لعل المراد تصغير فلس .

(٦) فتاوى قاضيان (٤٣١ / ٣) .

(٧) الصُّبْرَةُ : بالنظم : ما جمع من الطعام بلاكيل ولا وزن . القاموس المحيط ص ٥٤١ ، والمصباح المنير (٣٣١ / ١) .

(٨) في (ب) « فيها » .

(٩) المراد : نَحَى ، من عزل الشيء : إذا نَحَاهُ جانباً . القاموس المحيط ص (١٣٣٣) ، والمصباح المنير (٤٠٧ / ١) .

(١٠) القفيز مكيال وهو ثمانية مكايك ، ويعادل نحو ستة عشر كيلو جراماً . القاموس المحيط (٦٧٠) ، المصباح المنير (٥١١ / ٢) ، والمعجم الوسيط (٧٥١ / ٢) .

(١١) في (ج) « أصابته » .

استخرجوها من مسألة في السَّيَرِ وصورتها : لو أن رجلاً من أهل الذمة دخل حصناً من حصون أهل الحرب قد حاصره المسلمون ، ثم إن المسلمين فتحوا الحصن ، وأخذوا بالرجال ، وعلموا يقيناً أن [١٢ / ٢ / ٤] الذمي فيهم إلا أنهم لم يعرفوه^(١) بعينه ، وكل واحد منهم يدعي أنه الذمي ، فإنه لا يحل للمسلمين [١٨٣ / ٥ هـ] قتلهم . ولو قتل واحد من أهل الحصن بعد ما دخل فيه الذمي ، أو مات [٣٢ / ٢ ب] أو خرج واحد منهم ، فإنه يحل للمسلمين قتلهم ؛ لأنه بعد ما مات واحد منهم ، أو قتل ، أو خرج من الحصن . لم يتيقن أن فيهم من هو محرّم القتل لجواز أن محرّم القتل مَنْ قُتِلَ ، أو مات ، أو خرج ، وقد عرفناهم مباح القتل في الأصل فلا يثبت^(٢) الحرمة بالشك . انتهى^(٣) .

صبي سمع الأحاديث ، وهو لا يفهم ، ثم كبر . جاز^(٤) له أنه يروي من^(٥) المحدث . وإذا قرئ صك على صبي ، وهو لا يفهم ، ثم كبر . لا يجوز له أن يشهد بما فيه^(٦) [ألا ترى أن البالغ إذا قرئ عليه صك وهو لا يفهم مافيه لا يجوز له أن يشهد بما فيه]^(٧) . ولو سمع الأحاديث ، ولم يفهم معناه ، جاز له أن يرويه^(٨) .

تعلم علم الكلام^(٩) والنظر فيه وراء قدر الحاجة منه^{١٠} . وتعلم علم النجوم^(١٠) قدر ما

(١) في (ب) ، و (ج) « لا يعرفونه » .

(٢) في (د) « ثبت » .

(٣) الفتاوى الهندية (٣٧٦ / ٥) .

(٤) في (ج) « يجوز » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « عن » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والزيادة من باقي النسخ .

(٨) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٢) ، و فتاوى قاضيخان (٤٢٨ / ٣) ، والفتاوى البزازية

(٣٥٠ / ٦) .

(٩) علم الكلام عرفه ابن خلدون بقوله : « هو علم يتضمن الحجاج عن العقائد الإيمانية بالأدلة العقلية

، والرّد على المبتدعة المنحرفين في الاعتقادات عن مذاهب السلف وأهل السنة » .

مقدمة ابن خلدون (٤٥٨) ، وانظر : التعريفات ص (١٨٥) .

(١٠) علم النجوم : علم يزعم أصحابه أنهم يعرفون بها الكائنات في عالم العناصر قبل حدوثها من =

يعرف القبلة ومواقيت الصلاة لا بأس به وما^(١) عدا ذلك فهو حرام^(٢) .
 التمويه في المناظرة والحيلة فيها هل يحل ؟ ، إن كان يتكلمه^(٣) متعلم مسترشداً أو
 غيره على الإنصاف بلا تعنت لا يحل ، وإن كان يُكلمه من يريد التعنت ، ويريد أن
 يطرحه يحل ؛ بل يحتال كل حيلة لدفعه عن نفسه ؛ لأن دفع المتعنت [مشروع]^(٤) بأي
 طريق يمكن الدفع^(٥) .

قال هشام في نوادره : رأيت على أبي يوسف نَعْلَيْنِ مَخْصُوفَتَيْنِ^(٦) بمسامير الحديد^(٧) ،
 فقلت^(٨) : أترى بهذا الحديد^(٩) بأساً ، فقال : لا ، فقلت : إن سفيان وثور بن يزيد^(١٠)
 [كَرَّها]^(١١) ذلك ؛ لأنه تشبه بالرهبان ، فقال أبو يوسف : كان رسول الله ﷺ يلبس النعال
 التي لها^(١٢) شعر^(١٣) ، وإنها من لباس الرهبان ، فقد أشار إلى أن صورة المشابهة فيما يتعلق

= قَبْلَ معرفة قُوى الكواكب وتأثيرها في المولِّدات العنصرية مفردة أو مجتمعة .
 انظر : مقدمة ابن خلدون ص (٥١٩) .

- (١) في (ج) « وفيما » .
- (٢) فتاوى أبي الليث ، اللوحة ٣١٤ ، وفتاوى قاضيخان (٤٢٦ / ٣) ، وفتاوى البرازية (٣٥٠ / ٦) .
- (٣) في (ب) « تكلمه » .
- (٤) مابين المعقوفين في (أ) « مرفوع » ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٥) فتاوى قاضيخان (٤٢٦ / ٣) ، وفتاوى البرازية (٣٥١ / ٣) .
- (٦) من خَصَفَ النعل يَخْصِفُها : خرزها . القاموس المحيط ص (١٠٤٠) والمصباح المنير (١٧١ / ١) .
- (٧) في (ج) « إلى زيد » .
- (٨) في (ج) « قلت » .
- (٩) في (ج) « الحديث » .
- (١٠) هو : ثور بن يزيد هو : المحدث ، الفقيه ، عالم حمص ، أبو يزيد الكلاعي ، الحمصي ، قال الذهبي
 كان من أوعية العلم لولا بدعته ، وكان عابداً ، ورعاً ، والظاهر أنه رجع ، توفي ثور سنة ثلاث
 وخمسين ومئة .

سیر اعلام النبلاء (٣٤٤ / ٦) تاريخ خليفة (٤٢٧) طبقات خليفة (٣١٥) .

- (١١) مابين المعقوفين في (أ) « يكرها » ، والتصويب من (ب) و (ج) و (د) و (هـ)

- (١٢) في (ب) « هي » ، وفي (ج) « بها » .

به صلاح العباد لا يضر . وقد تعلق بهذا النوع من الأحكام صلاح العباد ، فإن من الأراضي ما لا يمكن قطع المسافة فيها إلا بهذا النوع من الإحكام^(١) .

قال في الجامع الصغير : ويكره [٢٤٤ / ٣ د] هذه الخرقه التي تحمل^(٢) ويمسح بها العرق ، وهكذا ذكر في القدوري^(٣) ، من أصحابنا من قال : الكراهة في الخرقه التي لها قيمة . [أما إذا كانت شيئاً لا قيمة له^(٤) ، لا يكره ؛ لأن إعداد^(٥) ما له قيمة لإزالة العرق فيه تضييع لماله . ومنهم من قال بالكراهة على كل حال ، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه ، وإنما كره ؛ لأنها بدعة محدثة لم يفعلها النبي ﷺ ولا الصحابة ولا التابعون ، وإنما كانوا يمسحون العرق بأطراف أرديتهم ، ولأن فيه ضرباً من التكبر وتشبه بزي الأعاجم . وكذلك الخرقه التي^(٦) يمتخط بها مكروهه ، والخرقه التي يسمح بها الوضوء محدثة ، ومنهم من أطلق في ذلك لتوارث المسلمين ذلك^(٧) .

والحاصل : أن من فعل شيئاً من ذلك^(٨) تكبيراً فهو مكروه وبدعة ، ومن فعل ذلك حاجة لا يكره ، وهو نظير التربع في الجلوس والالتكاء ؛ قد يفعله الرجل نخوة وتكبراً فيكره ، وقد يفعله الرجل لحاجته^(٩) فلا يكره^(١٠) .

(١٣) لم أقف على حديث بهذا المعنى .

(١) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٧٧) ، والفتاوى الهندية (٥ / ٣٣٣) .

(٢) في (ب) « يحمل » .

(٣) في (ب) « هكذا روى القدوري » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، وفي (د) « كان شيئاً » .

(٥) في (ب) « إعلان » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) الجامع الصغير ص (٣٩١) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٤٠٦) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٩) .

(٨) في (ب) « أن من فعل من ذلك شيئاً » .

(٩) في (ج) « حاجة » .

(١٠) وقد وردت بعض الآثار في ذلك منها : ما رواه معاذ - عن النبي ﷺ - أنه كان يمسح على

وجهه بطرف ثوبه في الوضوء ، أخرجه الطبراني ، وقد وضعه العلامة الألباني . انظر سلسلة =

وحُكي عن الحاكم الإمام: أنه كان يكره استعمال الكواغد^(١) في وليمة ليمسح بها الأصابع ، وكان يشدد فيه ويزجر زجراً بليغاً^(٢) .

ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة إلى التذكر ، فقد صح أن رسول الله ﷺ أمر بعض أصحابه بذلك^(٣) .

[قال أبو يوسف]^(٤) وقال أبو حنيفة : ولا ينتفع من الخنزير بجلد ولا غيره إلا الشعر للأساكفة^(٥) . وقال أبو يوسف : يكره الانتفاع^(٦) بالشعر أيضاً^(٧) . وقول أبي حنيفة - رحمه الله - أظهر ؛ لأن حاجة الأساكفة إلى شعرها حاجة ماسة ، وغيرها^(٨) لا يقوم مقامها في إقامة مصلحة الخرز^(٩) .

قال الفقيه أبو الليث : قد رخص بعض الناس أن يبول الرجل قائماً ، وكرهه بعضهم

= الأحاديث الصحيحة الحديث رقم ٢٠٩٩ ، وضعيف الجامع الصغير الحديث رقم ٤٦٢٦ .

(١) الكواغد : جمع كاغد ، وهو القرطاس . مُعَرَّب ، القاموس المحيط ٤٠٢ ، والمصباح المنير ٥٣٥ ، والمعجم الوسيط ٧٩١/٢ .

(٢) فتاوى قاضيخان (٤٠٥/٣) .

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في المصنف (٢٣٢/٦ ، ٢٣٣) بسنده عن الحسن أنه كان لا يرى بأساً أن يجعل الرجل في يده الخيط يستذكر به الرجل في الشيء .

وروي عن إبراهيم أنه كره أن يربط الخيط في الخاتم يستذكر به الحاجة . كتاب الأدب ، باب ١٧٧ ، الحديث رقم ٢٠١ ، أما الحديث المرفوع فلم أجده .

(٤) الجامع الصغير ص (٣٩١) ، وفتاوى قاضيخان (٤٠٦/٣) .

(٥) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) ، و (ج) .

(٦) الأساكفة جمع إسكاف وهو : الخراز والخفاف صانع الأحذية ومصلحها ، القاموس المحيط ١٠٦٠ ، والمصباح المنير ٢٨٢ ، والمعجم الوسيط ٤٣٩/١ .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) « أيضاً بالشعر » .

(٩) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « إذ غيرها » .

(١٠) مختصر الطحاوي ص (٤٤٠) ، ومختصر اختلاف العلماء للجصاص (٣٨١/٤)

إلا من عذر، وبه نقول^(١) .

التضحية بالديك أو بالدجاجة^(٢) [في أيام الأضحية]^(٣) من لا أضحية عليه لعسرتة تشبهاً بالمضحين مكروه . وذكر^(٤) الشيخ الإمام الزاهد الصفار في كتاب « بيان التوحيد »^(٥) بالفارسية وقال : هذا من رسم الجوس^(٦) .

وروى نصير بن يحيى^(٧) بإسناد له عن محمد بن الحسن : أنه^(٨) ليس للعالم من بيت المال نصيب ؛ لأنه وارث الأنبياء ، وقد^(٩) قال الله - تعالى - في حق الأنبياء : ﴿ قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى ﴾^(١٠) وقال تعالى^(١١) : ﴿ إِنْ أَجْرِيَ إِلَّا عَلَى اللَّهِ ﴾^(١٢) . قال : والغزاة لهم نصيب من بيت المال^(١٣) .

(١) الفتاوى الهندية (٣٧٩ / ٥) .

(٢) في (ج) « بالدجاج » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (د) ، وفي (ج) « التضحية ش .

(٤) (ج) « ذكره »

(٥) هو : الإمام الزاهد أحمد بن عصمة البلخي ، أبو القاسم الصفار المتوفى سنة ست وثلاثين وثلاثمائة ، ذكر في كشف الظنون (٥٣ / ٥) أن من تصانيفه : أصول التوحيد .

(٦) البناية شرح الهداية (٥١ / ١١ - ٥٢) ، ورد المختار (٤٥٤ / ٩) .

(٧) هو : نصير بن يحيى البلخي يكنى أبا بكر ، أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني عن محمد ، وروى عنه أبو نعيم البلخي توفي سنة ثمان وستين ومائتين . الجواهر المضية (٥٤٦ / ٣) رقم

١٧٤٥ ، وتاج التراجم ٣٢٣ برقم ١٣ ، والفوائد البهية (٢٢١)

(٨) في (د) « أنه قال » .

(٩) سقط من (د) .

(١٠) سورة الشورى : الآية ٢٣ .

(١١) في (د) « قال الله تعالى » .

(١٢) سورة سبا : الآية ٤٧ .

(١٣) فتاوى قاضيخان (٤٠٢ / ٣) ، والفتاوى الهندية (٣٧٩ / ٥) .

المرأة في بيت زوجها ، والأمة في بيت مولاهما لا تطعم ولا تتصدق^(١) بالطعام المدخر^(٢) كالحنطة ودقيقها ، وأما^(٣) بغير المدخر من الطعام يتصدق على الرسم^(٤) وإن لم يأذن الزوج والمولى بذلك صريحاً ، ويكون ذلك بإذن^(٥) المولى والزوج^(٦) [٢ / ٥٥٩ / جـ] باعتبار العرف والعادة^(٧) .

الحطب^(٨) إذا وجد في نهرٍ جاري جاز أخذه والانتفاع به^(٩) ، وإن كان^(١٠) له قيمة وقت الأخذ^(١١) .

الأب إذا احتاج إلى مال ولده ؛ فإن كان في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء ، وإن كان في السفر واحتاج لعدم الطعام لا لفقره ؛ بل هو موسر أكله بالقيمة ، و[حد]^(١٢) اليسار هنا^(١٣) : أن لا يحل^(١٤) له الصدقة^(١٥) .

قال محمد [في كتاب الكسب]^(١٦) : ويفترض على الناس إطعام المحتاج في الوقت

(١) في (ب) « (جـ) » يطعم ولا يتصدق » .

(٢) في (جـ) « المذخر » .

(٣) في (ب) فاما .

(٤) كذا في جميع النسخ ، وشكلها في (جـ) قريب من كلمة « الرحم » .

(٥) في (جـ) « بأن » .

(٦) في (ب) « الزوج والمولى » .

(٧) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٥٨) .

(٨) في (ب) « والحطب » .

(٩) في (جـ) « والانتفاع » .

(١٠) في (جـ) « كانت » .

(١١) عيون المسائل (٢ / ٤٧٤) ، و[ذكر المقبرة بدل النهر] ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٧) .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) في (جـ) « ههنا » .

(١٤) في (ب) « أن لا يحمل » وفي (د) « أن لا تحل » .

(١٥) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٦) .

(١٦) مابين المعقوفين سقط من (جـ) .

الذي يعجز عن الخروج والطلب . وهذه المسألة تشتمل على ثلاثة^(١) فصول : أحدها : أن المحتاج إذا عجز عن الخروج يُفترض على كل من يعلم حاله^(٢) أن يطعمه مقدار ما يتقوى به على الخروج [٢ / ٤١٣ / ١] وأداء العبادات إذا كان قادراً على ذلك ، حتى إذا مات ولم يطعمه أحد ممن [يعلم حاله^(٣)] اشتركوا جميعاً في المأثم ، والأصل فيه قوله - عليه الصلاة والسلام - « ما آمن بالله من »^(٤) بات شعبان وجاره إلى جنبه طاوي^(٥) ، وقال - عليه السلام - : « أيما رجل بات جياًعا^(٦) بين قوم أغنياء ، فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله »^(٧) . وكذلك إذا لم يكن عند من يعلم بحاله ما يعطيه ، ولكنه قادر على أن يخرج إلى^(٨) الناس ليخبر^(٩) بحاله فيواسوه . يفترض عليه ذلك ، فإذا^(١٠) امتنعوا من

(١) في (ج) « ثلاث » .

(٢) في (ج) « حادة » .

(٣) في (ج) « بحاله » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (١) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٧ / ٨) عن أنس بن مالك قال : قال رسول الله ﷺ : « ما

آمن بي من بات شعبان ، وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم به » . قال الهيثمي : رواه الطبراني والبخاري ، وإسناده البزار حسن .

وكذا عز السيوطي في الجامع الصغير (١٤١ / ٢) .

قال المناوي في فيض القدير (٤٠٧ / ٥) : « قال المنذري : إسناده حسن » .

وانظر المعجم الكبير للطبراني (٢٥٩ / ١) برقم ٧٥١ ، والترغيب والترهيب للمنذري (٤٢ / ٥) ،

وصحح الألباني الحديث في صحيح الجامع الصغير (١١٧ / ٥) برقم ٥٣٨١

(٦) في (ب) ، و (ج) « صاعاً » . وفي كتاب الكسب « ضياعاً » وفسرها محققه : « أي إهمالاً وغفلة عنه » .

(٧) لم أقف على هذا الحديث .

(٨) في (ب) « علي » .

(٩) في (ج) « ويخبرهم » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « فإن » .

ذلك^(١) حتى مات اشتركوا في المأثم ، ولكنه^(٢) إذا قام به البعض سقط عن الباقي .

الفصل الثاني : إذا كان المحتاج قادراً على الخروج ، ولكن لا [٥ / ١٨٤ / هـ] يقدر على الكسب ؛ فعليه أن يخرج ، ومن يعلم بحاله إن^(٣) كان عليه شيء من الواجبات فليؤده^(٤) إليه حتماً . وإن كان المحتاج يقدر على الكسب فعليه أن يكتسب ، ولا يحل له أن يسأل .

الفصل الثالث : إذا كان المحتاج عاجزاً عن الكسب ؛ ولكنه قادر على أن يخرج ويطوف على الأبواب ، فإنه يفترض عليه ذلك ، حتى إذا لم يفعل ذلك ، وقد هلك كان آثماً عند الله - تعالى - ، وهذا لأن السؤال في [هذه الحالة يوصله إلى إقامة الفرائض ، فيكون مستحقاً عليه ، كالكسب في حق]^(٥) من هو قادر على الكسب^(٦) .

ثم قال : والمعطي^(٧) أفضل من الآخذ ، وهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون المعطي مؤدياً للواجب ، والآخذ قادر على الكسب ، ولكنه محتاج^(٨) ، ؛ فهذا هنا المعطي أفضل بالاتفاق ؛ لأنه^(٩) في الإعطاء مؤد للفرض . والآخذ في الأخذ متبرع^(١٠) ، [فإن له أن لا يأخذ ويكتسب ، ولا شك أن درجة الفرض أعلى من درجة التبرع^(١١)]^(١٢) .

(١) في (ج) « من الأكل » .

(٢) في (ج) « ولكنه » .

(٣) في (ج) « فإن » .

(٤) في (ج) « فليرده » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) كتاب الكسب (١٨٦ - ١٩٣) .

(٧) في (ج) « المعطي » .

(٨) في (ب) « يحتاج » .

(٩) في (ج) « ولأنه » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « والآخذ متبرع في الأخذ » .

(١١) في (ج) « المفترض أعلى درجة من المتبرع » .

والثاني : أن يكون المعطي والآخذ كل واحد متبرعاً^(١) ، أما المعطي فظاهر ، وأما الآخذ بأن يكون قادراً على الكسب ، وفي هذا الوجه المعطي أفضل ؛ لأن العبادات مشروعة بطريق الابتلاء ، ومعنى^(٢) الابتلاء في الإعطاء أظهر ؛ لأن الابتلاء في العمل الذي لا يميل إليه النفس ، والنفس تميل إلى الأخذ ما لا تميل إلى الإعطاء .

والثالث : أن يكون المعطي متبرعاً ، والآخذ مفترضاً ؛ بأن كان عاجزاً عن الكسب ، وفي هذا الوجه المعطي أفضل عند أهل الفقه ، وقال أهل الحديث - أحمد بن حنبل^(٣) وإسحاق بن راهويه^(٤) - الأخذ أفضل ههنا^(٥) (٦) .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١) في (ج) « كل واحد منهما متبرع » .

(٢) في (ب) « إذ معنى » .

(٣) هو : الإمام حقاً ، وشيخ الإسلام صدقاً ، أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، المروزي ثم البغدادي ، أحد الأئمة الأعلام ، ولد في ربيع الأول سنة أربع وستين ومئة وقال حرمله : سمعت الشافعي يقول : خرجت من بغداد فما خلفت بها رجلاً أفضل ، ولا أعلم ، ولا أفقه ، ولا أتقى من أحمد بن حنبل . وعن ابن المديني قال : أعز الله الدين بالصدق يوم الردة ، وأحمد يوم المحنة ، له تصانيف كثيرة منها : تفسير القرآن ، طاعة الرسول ﷺ ، كتاب الأشربة الصغير ، كتاب الإيمان ، كتاب الرد على الجهمية ، كتاب الزهد ، كتاب العلل في الحديث ، كتاب الفرائض ، كتاب الفضائل ، كتاب المسائل ، كتاب المسند وغيرها ، وكانت وفاته في ربيع الأول ، من سنة إحدى وأربعين ومئتين .

سير أعلام النبلاء (١١ / ١٧٧) ، وطبقات ابن سعد (٧ / ٣٥٤) ، والبداية والنهاية (١٠ / ٣٢٥) ، وكشف الظنون (٥ / ٤٢) .

(٤) هو : إسحاق بن راهويه ، الإمام الكبير شيخ المشرق سيد الحفاظ أبو يعقوب ، وكان مولده سنة إحدى وستين ومئة ، وعن إسحاق بن راهويه قال : ما سمعت شيئاً إلا وحفظته ، ولا حفظت شيئاً قط فنسيته . قال الذهبي : قد كان من حفظه إماماً في التفسير ، رأساً في الفقه ، من أئمة الاجتهاد ، من تصانيفه : تفسير القرآن ، كتاب السنن في الفقه ، كتاب المسند في الحديث ، وكانت وفاته في ليلة نصف من شعبان سنة ثمان وثلاثين ومائتين .

سير أعلام النبلاء (١١ / ٣٥٨) ، والبداية والنهاية (١٠ / ٣١٧) ، وتهذيب التهذيب (١ / ٢١٦) ، وكشف الظنون (٥ / ١٦٣) .

وفي نوادر ابن سماعة : عن أبي يوسف : إذا كان بالرجل سلعة^(١) ، وذلك مثل الغدة نبي العين وغيره ، أو كان به حجر فأراد استخراجه ، ويخاف منه الموت ، قال : إن فعل أحد ، ونجنا ، فلا بأس بأن يفعل^(٢) .

لا بأس بالاستخبار عن الأخبار المحدث في البلدة . هو المختار ، لما فيه من المصلحة^(٣) .
الغني إذا^(٤) أكل مما تصدق^(٥) به على الفقير^(٦) ، إن أباح له الفقير ، ففي حلّ التناول
ختلاف المشايخ ، وإن ملك الفقير^(٧) الغني لا بأس به ، بدليل حديث بريرة^(٨) ^(٩) - رضي
لله عنها - : « لك صدقة^(١٠) ولنا هدية^(١١) » .

(٥) في (ج) « هنا » .

(٦) كتاب الكسب (١٩٤ - ١٩٧) .

(١) السَّلْعَةُ : بكسر السين وفتحها وسكون اللام وتحريكها : خُراج كهيفة الغُدة تتحرك بالتحريك ، قال
الأطباء : هي ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند تحريكه وله غلاف وتقبل التزيد ؛ لأنها
خارجة عن اللحم ، ولهذا قال الفقهاء : يجوز قطعها عند الأمن . القاموس المحيط (٩٤٢) ،
والمصباح المنير ص (٢٨٥ / ١) .

(٢) فتاوى قاضيخان (٤١٠ / ٣) .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٦) . وفتاوى قاضيخان (٤٢٥ / ٣) ، والفتاوى البزازية (٦ /
٣٧١) .

(٤) في (ج) « إن » .

(٥) في ج « يصدق » .

(٦) في (ج) « الفقراء » .

(٧) في (ج) « ملكه من الغني » .

(٨) في (ب) « بريدة » .

(٩) هي : بريرة مولاة أم المؤمنين عائشة ، وعن ابن عباس : أن زوج بريرة كان عبداً أسوداً يسمى : مغيثاً ،
فقضى النبي ﷺ فيها أربع قضيات أن مواليتها اشترطوا الولاء فقضى أن الولاء لمن أعتق ، وخبرت
فاختارت نفسها ، فأمر النبي ﷺ أن تعتد ، فكنت أراه يتبعها في سكك المدينة ، يعصر عينيه
عليها ، وجاء عن النبي ﷺ ، أنه قال للعباس : « ياعم ألا تعجب من بغض بريرة مغيثاً وحب
لها! » .

(١٠) في (ب) « هي لكم » وفي (ج) « هي لها » .

[ابن السبيل إذا تصدق عليه ثم وصل إلى ماله والصدقة قائمة لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة]^(١) [وكذلك الفقير إذا تصدق عليه ثم استغنى والصدقة قائمة]^(٢) ، لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة]^(٣) .

باع الجيران في الحضر أو الرفقاء في السفر متاع الميت الذي لا وارث له معه ليصرفوه إلى تجهيزه وتكفينه ودفنه فلهم ذلك .

في ودیعة العیون : وحكي عن نصير بن يحيى قال : سمعت أبا سليمان الجوزجاني^(٤) قال : مات غريب عند محمد بن الحسن ، فباع محمد بن الحسن كتبه ، قال نصير : قلت لأبي سليمان : أكان محمد يومئذ قاضياً ؟ قال : لا . وحكي : أنه مات رفيق لوكيع الجراح^(٥) في سفره ، فباع وكيع متاعه وكتبه ، وقرأ هذه الآية : ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ

(١١) أخرجه الإمام البخاري في الزكاة ، باب ٦١ ، ٦٢ ، (٤١٦ / ٣) ، الحديث رقم ١٤٩٣ ، ١٤٩٥ .

والإمام مسلم في الزكاة ، باب ٥٢ (٧٥٥ / ٢) الحديث رقم ١٧٠ (١٠٧٤) ١٧١ (١٠٧٥) .
ولقد سبق تخريجه في ص (٣٠) من هذا القسم .

(١) مابين المعتوفين سقط من (ج) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) مابين المعتوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، والتصويب من (ب) ، و (د) ، وقد ذكرت المسألة في (ج) بعد ثلاثة عشر سطراً .

(٤) هو : موسى بن سليمان أبوسليمان الجوزجاني صاحب الإمام محمد بن الحسن ، أخذ الفقه عنه ، وروى كتبه ، ومنها : «الأصل» لمحمد ، المطبوع ، فهو من روايته . صنف السير الصغير ، وكتاب الصلاة ، وكتاب الرهن ، توفي بعد المائتين .

الجواهر المضية (٥١٨ / ٣) برقم ١٧١٤ ، وتاج التراجم ٢٦٠ برقم ٢٩٢ ، والفوائد البهية ٢١٦ .

(٥) هو وكيع بن الجراح بن مليح أبوسفیان أحد الأعلام ، ولد سنة تسع وعشرين ومئة ، وكان من بحور العلم وأئمة الحفاظ ، وكان ثقة مأموناً عالياً رفيعاً كثير الحديث حجة ، من تصانيفه : تفسير القرآن ، وكتاب السنن ، وكتاب المعرفة والتاريخ ، توفي يوم عاشوراء سنة سبع وتسعين ومائة .

طبقات ابن سعد (٣٩٤ / ٦) ، وتهذيب الأسماء واللغات (١٤٤ / ٢) ، وسير أعلام النبلاء =

الْمُفْسِدَ مِنَ الْمَصْلَحِ ﴿٢٨١﴾ .

وحُكي: عن الفقيه أبي جعفر الهندي أنه قال في ميت في محلة^(٣)، جَمَعَ أهل المحلة دراهم ليشتروا بها^(٤) كَفْناً ، فاشتروا له الكفن ، وكفنوه^(٥)، وفضل من الدراهم فضلة، قال^(٦): فإن كان ذلك الميت من قرابتهم، أو من جيرانهم قاموا بتكفينه لحق الصحبة أو القرابة فإن ما فضل من المال رد عليهم ، فإن لم يعرف مال كل واحد منهم فهو بينهم جميعاً ، وإن لم يقدر^(٧) عليهم رد على ورثتهم ، وإن لم يقدر على ورثتهم فأحب إليّ أن يصرف إلى ميت فقير من أهل تلك المحلة فيصرف ذلك إلى كفنه . وإن لم يكن بينهم وبين الميت قرابة^(٨)، ولا كان من جيرانهم^(٩) ؛ وإنما هو غريب^(١٠) نزل به الموت^(١١) فيهم أو أخرج فوضع عندهم ليكفنوه^(١٢) ، رأيت أن يصرف ما فضل من الدراهم إلى كفن ميت آخر محتاج ، [والله أعلم]^(١٣) .

التحليف بالطلاق والعتاق والإيمان المغلظة ، ذكر في فتاوى أهل سمرقند : أن بعض

= (٩/١٤٠) ، والجواهر المضية (٣/٥٧٦) برقم ١٧٨٥ ، وكشف الظنون (٦/٣٨٨) .

(١) سورة البقرة : ٢٢٠

(٢) عيون المسائل (٢/٣٤٧) .

(٣) في (ج) « مسجده » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « ليشتروا له بها » .

(٥) في (ب) « وكفنوه به » وفي (ج) « وكفنوا به » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « يقدرُوا » .

(٨) في (ب) « وراثته » .

(٩) في (ب) « ولا من جيرانهم » .

(١٠) في (ب) ، و (د) « وإنما كان غريباً » .

(١١) في (ج) « وله الموت » .

(١٢) في (ج) « ليكفنوا » .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

المشايع رخصوا فيه^(١) ، واختيار^(٢) الصدر الشهيد الكبير حسام الدين أنه يفتي بعدم الجواز ، فإن بالغ المستفتي يكتب في الفتوى الرأي في ذلك للقاضي^(٣) .

وللرجل أن يدخل الدار التي أجرها وسلمها إلى المستأجر لينظر حالها ، ويرم ما استرم^(٤) منها^(٥) بإذن المستأجر وبغير إذنه عند أبي يوسف ومحمد ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يدخل إلا بإذن المستأجر^(٦) .

[امرأة لها أب زمنٌ وليس للأب من يقوم عليه غير الأخت ، والزوج يمنعها من تعاهد الأب جاز لها أن تعصي الزوج وتطيع الأب ، مسلماً كان الأب أو كافراً .

في نكاح فتاوى أبي الليث : ابن السبيل إذا تصدق عليه ثم وصل إلى ماله ، والصدقة قائمة . لأبأس بأن يتناول من تلك الصدقة ، وكذلك الفقير إذا تصدق عليه ثم استغنى ، والصدقة قائمة لأبأس بأن يتناول من تلك الصدقة]^(٧) .

في سرقة الأصل : لا يجوز حمل تراب ربض المصر ؛ لأنه حصن فكان حق الجماعة فإن انهدم شيء من الربض ولا يحتاج إليه لا بأس بحمله^(٨) .

في وقف فتاوى أبي الليث : الكرْع^(٩) مكروه^(١٠) . في فوائد الفقيه أبي جعفر : لأثر

(١) في (ج) « في ذلك » .

(٢) في (ب) ، و (د) س واختار .

(٣) الهداية (١٥٩ / ٣) ، والبنية (٤٢٣ / ٨) ، وفتح القدير (١٩٦ / ٨) ، وتبيين الحقائق (٣٠٣ / ٤) ، ورد المختار (٣٠٧ / ٨) .

(٤) استرم الحائط : دعا إلى إصلاحه ، وأصله : رمه يرْمُهُ ويرْمُهُ رمأً ومرمة : أصلحه .

القاموس المحيط ١٤٤٠ ، والمصباح المنير (٢٣٩ / ١) .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) الفتاوى الهندية (٣٧٩ / ٥) .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) الفتاوى البزازية (٣٧٢ / ٦) ، والفتاوى الهندية (٣٧٣ / ٥) .

(٩) الكرْع : محرّكة : ماء السماء يكرّع فيه ، وكرّع في الماء أو في الإناء : تناوله بفيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه ولا بإناء .

وفي المغرب « والكرع تناول الماء بالفم من موضعه ، يقال : كرّع الرجل الماء وفي الإناء : إذا =

النبي ﷺ ^(١) [٢/ ٤١٠/ ١] ^(٢) .

سئل الفقيه أبو جعفر عن قوم قرأوا قراءة [ورد] ^(٣) وكبروا بعد ذلك جهراً ؟ قال : إن أرادوا ^(٤) بذلك الشكر لا بأس به ، قال : وإذا ^(٥) كبروا بعد الصلاة [على إثر الصلاة] ^(٦)

= مَدَّ عنقه نحوه لبشره « المغرب » (٤٠٥) . والقاموس المحيط (٩٨٠) والمصباح المنير (٥٣٠/ ٢) .
(١٠) في (ج) « مكروه ، ذكر في فوائد » .

(١) أخرج ابن ماجه في كتاب الأشربة (١١٣٤/ ٢) باب الشرب بالأكف والكرع .
عن ابن عمر قال : مررنا على بركة فجعلنا نكرع فيها ، فقال رسول الله ﷺ : « لا تكرعوا ولكن اغسلوا أيديكم ثم اشربوا بها » . الحديث .
قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٨٠/ ١٠) « وفي سنده ضعف .. » ووقع عند ابن ماجه من وجه آخر عن ابن عمر - رضي الله عنهما - « نهانا رسول الله ﷺ أن نشرب على بطوننا » وهو الكرع ، وسنده أيضا ضعيف » .

انظر سنن ابن ماجه كتاب الأشربة (١١٣٤/ ٢) باب الشرب بالأكف والكرع ، وضعف الحديثين الألباني في ضعيف سنن ابن ماجه (٢٧٦) وقال الحافظ ابن حجر في شرحه لحديث جابر الذي أخرجه البخاري في كتاب الأشربة (٧٨/ ١٠) ، باب شرب اللبن بالماء الحديث رقم (٥٦/ ٣) ، وفيه قول النبي ﷺ « إن كان عندك ماء بات هذه الليلة في شتة وإلا كرعنا » .
قال الحافظ :

« فإن كان محفوظاً أي حديث ابن عمر عند ابن ماجه - فالنهي فيه للتنزيه ، والفعل - أي في حديث جابر - لبیان الجواز ، أو قصة جابر قبل النهي ، أو النهي في غير حال الضرورة ... ، وإنما قيل للشرب بالغم كرع ؛ لأنه فعل البهائم لشربها بأفواهها ، والغالب أنها تدخل أكارعها حينئذ في الماء » . فتح الباري (٨٠/ ١٠) .

(٢) في (ج) قبل هذه المسألة مسألة هي : « حكى عن إبراهيم النخعي : أن المصحف لا يورث وهو للقارئ من الورثة . والمذهب عندنا أنه يورث كسائر الأموال » . وقد مرت هذه المسألة في الفصل الخامس من هذا الكتاب ص (١٣٣) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ب) و (ج) ، و (د) « أراد » .

(٥) في (ج) « وإن » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

فإنه يكره وإنه بدعة . وإذا كبروا في الرباطات^(١) لا يكره ، إذا أرادوا به إظهار [٢٤٥ / ٣]
 د [القوة ، والموضع موضع الخوف . وإذا كبروا في مساجد الرباطات ، ولم يكن الموضع]
 ٥ / ١٨٥ هـ [مخوفاً يكره .

قال الفقيه أبو جعفر الهندواني^(٢) : سمعت شيخي أبا بكر^(٣) يقول : سئل [٢ / ٣٣
 ب] إبراهيم^(٤) عن تكبير أيام التشريق على الأسواق والجهربها ، قال : ذلك تكبير
 الحوكة^(٥) ، وعن أبي يوسف : أنه يجوز . قال الفقيه : وأنا لا أمنعهم عن ذلك^(٦) .

[لأغية لمن يضر الناس يداً أو لساناً]^(٧) قال - عليه السلام - : « اذكروا الفاجر بما
 فيه يحذره الناس »^(٨) . روي عن محمد بن الحسن أنه قال في تأويل هذا الحديث : مراد
 رسول الله ﷺ أن يكون قصد الذاكر : النصيحة حتى لا يتضرر به أحد ، وفي هذه الصورة
 لا إثم على الذاكر^(٩) ، فأما إذا حكى^(١٠) في صدره قمعه^(١١) وهتك ستره صار غيبة^(١٢) ،

(١) الرباطات جمع الرباط : اسم من رابط مرابطة من باب قاتل إذا لازم ثغر العدو ، والرباط الذي يبنى
 للفقراء ، مؤلّد ، ويجمع في القياس رِبَطٌ ، ورباطات .
 القاموس المحيط (٨٦١) . والمصباح المنير (٢١٥) .

(٢) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) هو : أبو بكر محمد بن أبي سعيد ، المعروف بالأعمش .

(٤) في (ج) : إبراهيم النخعي .

(٥) الحوكة : جمع حائك من حاك الرجل الثوب : إذا نسجه ، والحياكة الصناعة .

القاموس المحيط ١٢١١ ، والمصباح المنير ١٥٧ .

(٦) الفتاوى البزازية (٣٧٩ / ٦) .

(٧) ما بين المعنيتين زيادة من (ج) ، وقد سقط من باقي النسخ .

(٨) سبق تخريجه في ص (٣٨٨) في الفصل الخامس والعشرين من هذا الكتاب .

(٩) في (ج) : « لا إثم عليه أي على الذاكر » .

(١٠) في حاشية (د) كتبت كلمة « حال » مقابل كلمة (حكى) .

(١١) أي قهره وأذله ، من قمع خصمه ، كمنع ، أي قهره وأذله ، فانقمع .

أساس البلاغة ص (٣٧٧) ، والمصباح المنير (٥١٦ / ٢) ، والقاموس المحيط (٩٧٦) .

(١٢) كذا الجملة في جميع النسخ ، ولم يتضح المراد منها . وفي حاشية (د) كتبت كلمة « حال » .

وقد^(١) قال - عليه السلام - : « الغيبة أشد من الزنا »^(٢) .

قال الفقيه أبو نصر^(٣) : إذا غرس على شط نهر عام لا يضر بالمارة ، فذلك يباح^(٤) له ، ولمن شاء من المسلمين أن يأخذه يرفع ذلك ، وإن جعله وقفاً صار وقفاً ، وأما على مذهب أصحابنا ليس له ذلك . وحُكي أن محمد بن سلمة^(٥) كان قد بنى دكاناً على [بابه وآرياً

(١) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٢) أخرجه الديلمي في الفردوس (١١٦ / ٣) الحديث رقم ٤٣٢٠ ، بلفظ « الغيبة أشد من الزنا ، لأن الرجل يزني فيتوب يتوب الله عليه ، وإن صاحب الغيبة لا يغفر له حتى يغفر له صاحبها » .
والمندري في الترغيب والترهيب (٥١١ / ٣) كتاب الأدب وغيره ، الترهيب من الغيبة والبهت والترغيب في ردهما .

والخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح (١٣٦٦ / ٣) كتاب الآداب ، باب ١٠ - حفظ اللسان والغيبة والشتم ، الحديث رقم ٤٨٧٤ ، ٤٨٧٥ .
وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٩١ / ٨) وقال : رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه عباد بن كثير الثقفى . وهو متروك .

وذكره السيوطي في الدر المنثور (٩٧ / ٦) .

وانظر : إتحاف السادة المتقين (٥٣٣ / ٧ ، ٢٣ / ٩) .

وانظر أيضاً : الحاوي للفتاوى (١٧٢ / ١) .

(٣) هو : أبو نصر محمد بن محمد بن سلام البلخي ، تارة يذكر في الفتاوى باسمه ، وتارة بكنيته ، وتارة بهما ، وهو صاحب الطبقة العالية ، حتى عدوه من أقران أبي حفص الكبير مات سنة خمس وثلاثمئة .

الجواهر المضية (٣٢٦ / ٣) برقم ١٤٩١ ، وتاج التراجم (٣٢٣) برقم ١٤ ، والفوائد البهية

(١٦٨) .

(٤) في (د) « مباح » .

(٥) هو : محمد بن سلمة ، أبو عبد الله الفقيه البلخي ، ولد سنة اثنين وتسعين ومائة ، وتفقّه على شداد بن حكيم ثم على أبي سليمان الجوزجاني ، مات سنة ثمان وسبعين ومائتين .

الجواهر المضية (١٦٢ / ٣) برقم ١٣١٧ ، وتاج التراجم (٣٢٣) برقم ١٢

والفوائد البهية ١٦٨ .

لدابته] ^(١) ف قيل للشيخ أبي نصر ما تقول به ؟ ، ^(٢) قال : لا أبعده عن الصواب ^(٣) .
وحكي عن أبي نصر أنه قال : كل شيء [حازه الإنسان] ^(٤) يملكه كالطعام والماء
الذي يحوزه ^(٥) بكوزه ^(٦) ، فإن المضطر يقاتل ^(٧) بما دون السلاح ، وأما في ماء ^(٨) البئر وما
أشبهه يقاتله ^(٩) بالسلاح وغير ^(١٠) السلاح .
وعن أبي يوسف : في الرجل إذا طين جدار داره وشغل ^(١١) هواء المسلمين ، فالقياس أن
ينقض ذلك ^(١٢) . وفي الاستحسان لا ينقض ويترك على حاله . وروي عن أبي نصر بن
محمد المروزي صاحب أبي حنيفة - رحمه الله - أنه كان إذا أراد أن يطين داره نحو السكة

- (١) العبارة غير واضحة في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والمثبت من (ج) ، و (هـ) .
- (٢) في (ب) « يقوله به » ، وفي (ج) « تقول به » (بدون ما الاستفهامية)
- (٣) عيون المسائل (٢ / ٣٩٩) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣٣) ، و الفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٢) .
- (٤) في (أ) « جاز للإنسان » ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٥) الخوز : الجمع وضم الشيء ،
- والخوز من الأرض : أن يتخذها رجل ويبين حدودها ، فيستحقها ، فلا يكون لأحد فيها حق معه ،
فذلك الخوز . لسان العرب (٥ / ٣٤١) ، والقاموس المحيط (٥٥٥) . والمعجم الوسيط (١ / ٢٠٦)
- (٦) في (ب) « يكور » .
- الكوز : من كاز الشيء كوزاً : جمعه ، والكوز من الأواني : إناء بعروة يشرب به الماء . لسان
العرب (٥ / ٤٠٢) ، و القاموس المحيط ص (٦٧٣) ، والمعجم (٢ / ٨٠٤) .
- (٧) في (ب) « يقابله » ، وفي (د) « يقاتله » .
- (٨) سقط من (ب) .
- (٩) في (ب) « يقابله » .
- (١٠) في (د) « وبغير » .
- (١١) شغل : من الشغل بالضم وضمين ، وبالفتح وفتحين : ضد الفراغ . القاموس المحيط (١٣١٧) ،
والمصباح المنير (١ / ٣١٦) ، والمعجم الوسيط (١ / ٤٨٦) .
- (١٢) في (ج) « لا ينقض ذلك » .

خدشه ، ثم طينه ؛ كيلاً^(١) يأخذ^(٢) شيئاً من الهواء^(٣) .
سئل نصير بن يحيى عن الجذع إذا كان خارجاً من السكة ، أو متعلقاً بجدار الشريك ، فأراد أن ينقض أو يقطع ، قال : إن كانت السكة نافذة فله أن ينقض ، فإذا^(٤) نقضه لا يؤمر ببنيانه ، وليس لصاحب الجذع حق القرار . وإن كانت السكة غير نافذة ، فإن كان قديماً فلصاحبه حق القرار وليس للشريك حق النقض . وإذا نقض لا يؤمر^(٥) بالبناء ثانياً^(٦) .

غزل الرجل إذا كان على هيئة غزل المرأة [يكره]^(٧) .
في صوم شمس الأئمة الحلواني : تَنْحُحُ المؤذن عند الأذان والإقامة مكروه .
في فتاوى أهل سمرقند [يكره أن يتخذ شيئاً من القرآن صملاً لشيء من الصلوات لا يتجاوز عنه إلى غيره . هكذا ذكر في كراهية شرح الطحاوي . قال ثمة : وهذا إذا اعتقد أن غيره لا يجوز أما إذا لم يعتقد ذلك وعرف أن غيره يجوز ؛ ولكن هذا يسير عليه أو قرأه تبركاً بقراءة رسول الله - عليه السلام - لا يكره]^(٨) . وتكره^(٩) الإشارة إلى الهلال عند رؤيته^(١٠) في فتاوى أهل سمرقند^(١١) [^(١٢) . وفي هذا الموضع أيضاً : إذا وجد في المقبرة

(١) سقط من (ب) .

(٢) في (ب) « يأخذ » .

(٣) فتاوى قاضيخان (٤٣٣ / ٣) .

(٤) في (ج) « وإذا » .

(٥) في (ب) « وإذا نقض يؤمر بالبناء ثانياً » . وفي (ج) « ولونقض يؤمر بالبناء ثانياً ، وإن كان محدثاً فنصاحبه حق النقض وإذا نقض لا يؤمر بالبناء ثانياً » .

(٦) الفتاوى الهندية (٣٧٠ / ٥) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) و (ب) و (د) ، والمثبت من (ج) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « يكره » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) رؤيتها .

(١١) في (ج) « سمرقنديان » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

طريقاً لا بأس^(١) بالمشي فيه إذا لم يقع في قلبه أنه محدث^(٢) .
 رجل أخذ من رجل شيئاً ، وهرب ، ودخل داره^(٣) ، فلا بأس للمأخوذ منه أن يتبعه
 ويدخل داره^(٤) ويأخذ ؛ لأنه موضع الضرورة^(٥) .
 في فتاوى أبي الليث : إذا رفع طيناً أو تراباً من طريق المسلمين ففي أيام الأحوال جاز ؛
 بل هو أولى ، وفي غير أيام الأحوال إن لم يضر بالأرض فكذلك^(٦) . وإن كان كالأرض
 واحتاج الرافع إلى قلعه لا يسعه ذلك إذا كان فيه مضرة بالمارة^(٧) .
 في هذا الموضع أيضاً . أهل قرية ابتلوا بالدياسة بالحُمُرِ ، فلا بأس به^(٨) .
 رجل مشى في الطريق ، وكان في الطريق ماء فلم يجد مسلماً إلا أرض إنسان ، فلا
 بأس بالمشي فيها^(٩) ، لأن فيه ضرورة^(١٠) .
 وذكر في فتاوى أهل سمرقند : مسألة المرور في أرض الغير على التفصيل : إن كان
 [لأرض]^(١١) الغير حائط وحائل لا يمر فيها ؛ لأن ذلك دليل عدم الرضا من صاحب الأرض

(١) في (ب) « فلا بأس » .

(٢) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٠ ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٨٥) .

(٣) في (جـ) « ودخل في داره » .

(٤) في (ب) « ويأخذ داره » .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١١) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٦١) .

(٦) في (ب) « إن لم يضر كالأرض فكذلك » ، وفي (جـ) « إن لم يضر كالأرض وكذلك »
 . وفي (د) « إن لم يَصِرْ كالأرض فكذلك » . ولعلها الأصوب .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٣) . وفتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣١) ، والفتاوى البزازية
 (٦ / ٣٥٦) .

(٨) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١١) ، و« عيون المسائل » (٢ / ٤٨١) ، والفتاوى البزازية (٦ /
 ٣٧١) .

(٩) في (جـ) « فيه » .

(١٠) عيون المسائل (٢ / ٤٧٨) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٧١) .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، « أرض » ، والتصويب من باقي النسخ .

بالمرور فيها ، وإن لم يكن هناك حائط فلا بأس بالمرور فيها . والحاصل^(١) أن المعتبر في هذا الباب عادات الناس^(٢) .

وفي واقعات الناطفي : نهر لرجل في أرض رجل . أراد صاحب النهر أن يدخل الأرض ليعالج نهره ليس له ذلك ؛ لأن الأرض ملك الغير ، ولكن ينبغي أن يمشي في بطن النهر . وإن كان النهر ضيقاً لا يمكنه المشي في بطنه لا يدخل في الأرض أيضاً ؛ [لأن الأرض ملك غيره فلا يدخل إلا بإذنه]^(٣) قيل : هذا الجواب على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأنه لا حريم للنهر عنده ، أما^(٤) على قولهما فللنهر حريم^(٥) ، فله أن يمر على الحريم ، وقيل ما ذكر قول الكل ، وتأويل المسألة على قولهما : أن صاحب النهر باع الحريم من صاحب الأرض^(٦) .

القيلولة المستحبة هي القيلوللة بين المنجلين : داس^(٧) الحنطة وداس الشعير^(٨) .

بساط أو مصلى كتب^(٩) عليه في النسخ « الملك لله » ، يكره بسطه^(١٠) والقعود عليه واستعماله ، فلو قطع [حرف من الحروف أو خيط على بعض الحروف حتى لم يبق^(١١)

(١) في (ج) « فالخاصل » .

(٢) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٢ .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ج) « وأما » .

(٥) في (ب) « على قولهما : أن لصاحب النهر حريمه » .

(٦) فتاوى قاضى خان (٤٣٠ / ٣) ، و (٤٣١ / ٣) ، و الفتاوى الهندية (٣٧٣ / ٥) .

(٧) المنجلين : مثنى مَنجَلٍ بفتح الميم يقال : منجل المرعى أي حشاه بالمنجل . والداس : من قولهم :

داس الشيء برجله دوساً ودياسة : وطفه شديداً بقدمه ، والزرع أو الحصيد أو الحب : درسه ،

يقال : داس الحصيد ليخرج الحب منه . القاموس المحيط (١٣٧٠) ، و (٧٠٤) ، والمصباح

النمير (٥٩٤) ، و (٢٠٣) ، والمعجم الوسيط (٩٠٤ / ٢) ، و (٣٠٣ / ١) .

(٨) الفتاوى البزازية (٣٧١ / ٦) ، و الفتاوى الهندية (٣٧٦ / ٥) .

(٩) في (ب) « يكتب » .

(١٠) في (ب) « البسط » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « يبق » .

[٥ / ١٨٦ هـ] الكلمة متصلة لاتسقط^(١) الكراهة ؛ لأنه بقيت^(٢) الحروف وللحروف^(٣) المفردة حرمة ؛ لأن نظم القرآن وأخبار النبي ﷺ بواسطة هذه الحروف . وقد روي أن واحداً من الأئمة رأى الشباب^(٤) يرمون وقد كان المكتوب على الهدف : « أبو جهل » لعنه الله - ، فمنعهم عن ذلك ومضى لوجهه ، ثم رجع [فوجدهم]^(٥) قد^(٦) محوا اسم الله ، وكانوا يرمون كذلك ، فقال : إنما نهيتكم لأجل الحروف^(٧) .

قتل الأعونة والسعاة^(٨) والظلمة في أيام الفترة ، أفتى كثير من مشايخنا بإباحته . وقد حُكي عن الشيخ الإمام الزاهد الصفار [٢ / ٤١١ هـ] : أن [الجصاص]^(٩) أورد في أحكام القرآن^(١٠) : من ضرب الضرائب على الناس حل دمه . وكان السيد الإمام الأجل أبو شجاع السمرقندي^(١١) يقول : يثاب قاتلهم ، وكان يفتي بكفر^(١٢) الأعونة . وكذلك القاضي

(١) في (ب) « لا يسقط » .

(٢) كذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب : لبقيت .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ب) و (ج) « الشبان » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) فتاوى قاضيهان (٣ / ٤٢٥) ، وفتاوى البزازية (٣ / ٣٦٩) .

(٨) في (ج) « والسعاة » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) و (ب) و (د) « الخصاص » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) ، والخصاص هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، ولد ببغداد سنة خمس وثلاثمائة وكان إمام الخنفة في عصره ، واستقر التدريس له ببغداد ، وانتهت الرحلة إليه ، وله تصانيف مشهورة منها : أحكام القرآن ، وهو مطبوع متداول ، وشرح مختصر الكرخي ، وشرح مختصر الطحاوي ، وكتاب في أصول الفقه ، وأدب القضاء ، وغيرها ، توفي سابع ذي الحجة سنة سبعين وثلاثمائة .

الجواهر المضية (١ / ٢٢٠) برقم (١٥٥) ، وتاج التراجم (١٧) برقم ١٥ ، والطبقات السنية (١ /

٤١٢) برقم ٢٦٨ ، والفوائد البهية ٢٧ ، وكشف الظنون (١ / ٨١) .

(١٠) أحكام القرآن للجصاص (٣ / ٩٩) .

(١١) هو : محمد بن أحمد بن حمزة بن الحسين بن القاسم بن حمزة بن الحسن بن علي بن عبيد الله =

الإمام عماد الدين السمرقندي^(٢٧٩) كان^(٢٨٠) يفتي بكفرهم ، ونحن لا نفتي^(٢٨١) بكفرهم^(٢٨٢) .

إذا أدخل الرجل ذكره في فم امرأته يكره^(٢٨٣) ؛ لأنه موضع قراءة القرآن فلا يليق^(٢٨٤) إدخال الذكر فيه ، وقد^(٢٨٥) قيل بخلافه أيضاً^(٢٨٦) .

السلطان إذا قال للخبازين : بيعوا عشر أمناء^(٢٨٧) من الخبز بدرهم ، ومن نقص عن ذلك فعلت في حقه كذا^(٢٨٨) ، فاشترى رجل من الخبازين^(٢٨٩) عشرة أمناء من الخبز بدرهم ، ولولا خوف السلطان لا يبيعه^(٢٩٠) عشرة أمناء بدرهم لا يحل للمشتري أكله ؛ لأن الخباز

= بن الحسن بن عبدالله بن العباس بن علي بن أبي طالب ، المشتهر بالسيد أبي شجاع ، كان في عصر ركن الإسلام علي بن الحسين السُّعدي بسمرقند ، وكان أبو منصور الماتريدي معاصراً لهما ، وكان المعترف في زمانهم في الفتاوى أن يجتمع خطهم عليها الجواهر المضية (٢٨٠ / ٣) برقم ١١٦٠ ، والفوائد البهية ١٥٥ .

(١٢) في (د) « يقتل » .

(١) عماد الدين السمرقندي : لم أقف على ترجمته ، ولعل لفظ « عماد » مصحَّف من (علاء) وحينئذ يكون المراد صاحب تحفة الفقهاء المتوفى سنة (٥٣٩) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « بسمرقند » .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) في (ب) « ونحن الخبز لانفتي » .

(٥) الفتاوى البزازية (٣١١ / ٦) ، و (٣٦٩ / ٦) .

(٦) في (ج) « فقد قيل يكره » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « فلا يليق به » .

(٨) في (ب) « وقبله » .

(٩) الفتاوى الهندية (٣٧٢ / ٥) .

(١٠) الأمناء : جمع منا ، وهو مكيال يكال به السمن وغيره ، وقيل : يوزن به رطلان . لسان العرب

(٢٩٧ / ١٥) ، والمصباح المنير (٥٨٢ / ٢) ، والقاموس المحيط ص (١٧٢٢) .

(١١) في (ج) « وكذا » .

(١٢) في (ج) « الخباز » .

(١٣) في (ب) ، و (ج) « فالخباز لا يبيعه » .

في معنى المكره على البيع ، فإن أجازته^(١) البائع بعد ذلك عن اختيار ، حل^(٢) للمشتري الأكل . بيع المكره إذا لحقه الإجازة [٥٦٠ / ٢ / ج] من البائع ، يخرج من أن يكون بيع مكره^(٣) .

في عارية الواقعات : رجل أراد أن يستمد عن^(٤) [محبرة]^(٥) غيره ؛ فهذا على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يستأذنه ، وفي هذا الوجه : له أن يفعل ذلك إلا أن ينهاه .

الثاني : أن يعلمه ، وفي هذا الوجه : له ذلك أيضاً ، إذ^(٦) لم ينهه ، فهو إذن^(٧) دلالة .

الثالث : إذا لم يستأذنه ولم يعلمه ، وإنه على وجهين :

إذا^(٨) كان بينهما انبساط ، فله أن يفعل ذلك لمكان الإذن عرفاً ، وإن لم يكن بينهما انبساط ليس له أن يفعل ، لأن في الإذن عرفاً تردد^(٩) .

وفي فتاوى أهل سمرقند : طلبه العلم إذا كانوا في مجلس ، ومعهم محابر ، فكتب واحد من محبرة غيره بغير إذنه صريحاً لا بأس به ؛ لأنه مأذون دلالة لأنه^(١٠) لو استأذنه لا يثقل^(١١) عليه^(١٢) .

(١) في (ب) ، و (ج) « أجاز » .

(٢) في (ج) « جاز وحل » .

(٣) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٠ .

(٤) في (د) « من » .

(٥) مابين المعنوفين في (أ) « مجمرة » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « إذا لم » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « إذن له » .

(٨) في (ج) « إن » .

(٩) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢١) .

(١٠) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « فإنه » .

(١١) في (ب) « لا يثقل » .

وفيه أيضا استأجر كتاباً ليقراه فوجد في الكتاب خطأ ، إن علم أن صاحب^(١) الكتاب يكره إصلاحه لا ينبغي له أن يصلحه ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، وإن علم أنه لا يكره^(٢) إصلاحه ، فإن أصلحه جاز ؛ لأنه مأذون دلالة ، وإن^(٣) لم يصلحه فلا إثم عليه ؛ لأن الإصلاح ليس بواجب عليه^(٤) .

رجل في داره شجرة فرصاد^(٥) ، وقد باع أغصانها ، وإذا ارتقاها^(٦) المشتري اطلع على عورات الجيران ، فقد قيل^(٧) : ينبغي للجيران أن يرفعوا الأمر إلى القاضي حتى يمنعه عن ذلك ، واختار : أن يخبر الجيران المشتري^(٨) وقت الارتقاء ليستروا^(٩) أنفسهم ، ويفعل^(١٠) ذلك كل يوم مرة أو مرتين ؛ لأن هذا جمع بين الحقوق ، فإن لم يفعل ذلك [الآن]^(١١) يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن رأى الحاكم بالمنع^(١٢) منعه^(١٣) .

(١٢) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣١ .

(١) في (ب) « إن علم صاحب » .

(٢) في (ب) « أنه لأنه يكره » .

(٣) في (ب) « فإن » .

(٤) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٨ .

(٥) شجر الفرصاد : هو شجر التوت الأحمر ، وقيل هو شجر العنب ، وقيل إنما الفرصاد وهو العنب ،

أو التوت وأهل البصرة يسمون الشجر فرصاد ، والمراد في كلام الفقهاء : الشجر الذي يحمل

التوت . لسان العرب (٣٣٤ / ٣) ، والمصباح المنير (٤٦٨ / ٢) ، والقاموس المحيط ص (

٣٩١) .

(٦) في (ج) « ارتقاها » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « المشتري الجيران » .

(٩) في (ج) « الانتقاء اشتروا » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « يفعل » .

(١١) مابين المعنوفين في (أ) « إلا أن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (ج) « المنع » .

(١٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٣) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٥٦)

[شوك] ^(١) أو حشيشٌ نبت على القبور إن كان رطباً يكره قلعه ، وإن كان يابساً لا يكره ؛ لأنه مادام رطباً يسبح ، فربما يكون للميت أنس بتسبيحها ، ولا كذلك اليابس ^{(٢)(٣)} . .

ميت دفن في أرض غيره ، فإن شاء رب الأرض أمر بإخراجه ، وإن شاء سوى القبر مع الأرض وزرع عليها ، فله أن يستخلص الظاهر والباطن ، [أو الظاهر] ^(٤) وحده ^(٥) .

رجل يعمل أعمال البر ويقع في قلبه أنه ليس بمؤمن . إن وقع في قلبه [كدوي مؤمن سرايست] ^(٦) أو أعماله لا ينفعه ؛ لأنه عصى الله ، فهو مؤمن صالح . وإن وقع في قلبه أنه ليس بمؤمن ، ولم يعرف الله ، واستقر قلبه على ذلك ، فهو كافر بالله . وإن خطر هذا بقلبه ، ووجد إنكار ذلك من ^(٧) نفسه ، فهو مؤمن ؛ لأن التحرز عن ^(٨) هذا غير ممكن ^(٩) .

قيل في الشفقة على الأولاد : الشفقة عليهم إذا أراد الأب أن يأمر له بشيء أن يقول : حوب ابداي بسراكه فلأن كارشود ^(١٠) ؛ لأنه لو أمره ربما يعارضه الابن فيصير عاقاً أثماً ^(١١) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « شرك » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ج) « اليابس منه » .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٥) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٥٨) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣٢) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٥٩) .

(٦) ما بين المعقوفين كلمات فارسية : كذا رسمها في جميع النسخ ، ولم أقف على المعنى المراد منها .

(٧) في (ب) « في » .

(٨) في (ج) « من » .

(٩) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٥) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٢٩) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٥٧) .

(١٠) كلمات فارسية معانيها : حسن يابني صدور هذا العمل منك .

(١١) سقط من (ب) ، و (ج) .

رجل أتى فاحشة^(١) ثم تاب وأناب إلى الله ، لا ينبغي له [٣ / ٢٤٦ / د] أن يخبر الإمام بما صنع لإقامة الحد ؛ لأن الستر مندوب^(٢) .

رجل غصب من أبيه أو سرق منه شيئاً ثم مات أبوه ، وهو وارثه فإنه لا يؤخذ^(٣) بالمال في الآخرة ؛ لأنه انتقل إليه بالإرث ، لكنه أثم في^(٤) السرقة والغصب^(٥) . وهذه المسألة دليل على أن من كان له على آخر دين ، فطالبه^(٦) صاحب الدين ، وماتل هو مع^(٧) القدرة ، ومات صاحب الدين [أن الدين ينتقل إلى الوارث والمديون أثم بسبب الماطلة^(٨)] .

رجل له على آخر دين فطالبه صاحب الدين وماتل المديون مع القدرة ومات صاحب الدين وترك وارثاً ؛ تكلموا فيه ، قال أكثر المشايخ : لا خصومة لصاحب الدين في الآخرة مع المديون ؛ لأن الخصومة بسبب الدين ، وقد انتقل الدين^(٩) إلى الوارث^(١٠) فهذا يشير إلى أنه لاحق للمورث في الدين ، وقد نص في^(١١) كتاب الغصب بخلافه . وقال بعض المشايخ : لا ؛ بل لصاحب الدين حق الخصومة ، ولكن إن أدى المديون الدين إلى الوارث^(١٢) أو أبرأه الوارث ببراء ، وبعض المشايخ قال : إن الدين للوارث ، وللأول

(١) في (ج) « بفاحشة » .

(٢) انتهى هنا كتاب الكراهة والاستحسان في نسخة (ج) .

(٣) في (ب) « لا يؤخذ » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٦١) .

(٦) في (ب) « فطلبه » .

(٧) في (د) « على » .

(٨) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٦١) .

(٩) في (ب) « وقد انتقل إلى الوارث » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) « وقد في » .

(١٢) في (أ) بعد كلمة « الوارث » : « قال أكثر المشايخ : لا خصومة لصاحب الدين في الآخرة مع المديون ؛ لأن

الخصومة بسبب الدين ، وقد انتقل الدين إلى الوارث ، أن الدين ينتقل إلى الوارث ، والمديون أثم بسبب الماطلة . =

حق الخصومة في المطل والمنع^(١) .

رجل له على آخر دين وهو لا يقدر^(٢) على استيفائه كان إبرأؤه أولى من أن يدع الدين عليه ؛ لأنه^(٣) في الإبراء تخلص له عن^(٤) عذاب الآخرة ، ويحصل للمبرئ الثواب^(٥) .

رجل عليه دين قد نسيه ، والابن يعلم بالدين ، فعليه^(٦) [٥ / ١٨٧ / هـ] أن يؤديه من التركة ، وإن نسي الابن أيضاً حتى مات ، فالابن لا يؤاخذ به في الآخرة^(٧) .

رجل مات وعليه دين قد نسيه هل يؤاخذ به في الآخرة ؟ ؛ إن كان الدين بسبب التجارة لا يؤاخذ به^(٨) ، [٢ / ٤١٤ / أ] وإن كان بسبب الغصب يؤاخذ ، لأنه جاني^(٩) في أصل الغصب ، ولا كذلك في التجارة^(١٠) .

رجل ليس له مال ، وله عيال ، ويحتاج الناس إليه في حفظ الطريق والبذرة^(١١) فإن

= رجل له على آخر دين ، فطالبه صاحب الدين ، وماطل المديون مع القدرة ، ومات صاحب الدين ، وترك وارثاً ، تكلموا فيه » . وفي تلك العبارات تكرار مع ما قبلها وتداخل ، وقد سقطت من باقي النسخ ، فلم أثبتها في المتن .

(١) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٦١) .

(٢) في (ب) « ولا يقدر » .

(٣) في (ب) ، و (د) « لأن » .

(٤) في (د) « من » .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٥) .

(٦) في (ب) « فعلم » .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٦) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣٠) .

(٨) في (ب) ، و (د) « لا يؤاخذ » .

(٩) في (ب) « حالي » .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٦) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣٠) .

(١١) البذرة : الحفارة ، والمبذرق : الحفيز ، وهي الجماعة تتقدم القافلة للحراسة . قيل : معربة ، وقيل : مولدة ، وبعضهم يقول بالذال ، وبعضهم بالذال . وبعضهم بهما جميعاً . لسان العرب (١٠ / ١٤) ، والمصباح المنير (١ / ٤٠) ، والقاموس المحيط ص (١١١٨) ، وحاشية الفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٥) .

رجل ليس له مال ، وله عيال ، ويحتاج الناس إليه في حفظ الطريق والبذرة^(١) فإن كان يقدر على أن يعمل هذا العمل لا يضيع^(٢) عياله ، فالأفضل^(٣) أن يشتغل بذلك العمل ، وإن لم يمكنه القيام بذلك إلا وأن يضيع عياله فالقيام بأمر العيال^(٤) أولى ، وإن قام بحفظ الطريق ، فأهدي إليه^(٥) ، فإن لم يأخذ فذلك أولى وأحب ، وإن أخذ فهو ليس بحرام^(٦) .

الشعير الذي يوجد في بحر الإبل والشاة يغسل ويؤكل ، والذي يوجد في أخشاء البقر لا يؤكل ، هكذا قيل ، ولم يتضح لي^(٧) الفرق^(٨) .

حبة من قدر الفأرة إذا سقطت في دهن ، أو حنطة فطحن^(٩) الحنطة يؤكل ، قال : إلا أن يكون كثيراً فاحشاً بحيث ينفر عنه الطبع^(١٠) ، والجواب ظاهر في الحنطة مشكل في الدهن^(١١) .

خبز وجد في خلاله سرقين الفأرة ، قيل إن كان على صلابته يرمى ، ويؤكل الخبز لأنه

(١) البذرة : الخفارة ، والمبذرق : الخفيز ، وهي الجماعة تتقدم القافلة للحراسة .

قيل : معربة ، وقيل : مؤددة ، وبعضهم يقول بالذال ، وبعضهم بالذال ، وبعضهم بهما جميعاً .
لسان العرب (١٠ / ١٤) ، والمصباح المنير (١ / ٤٠) ، والقاموس المحيط ص (١١١٨) ، وحاشية الفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٥) .

(٢) في (ب) ، و (د) « ولا يضيع » .

(٣) في (ب) « فالأفضل له » .

(٤) في (د) « القتال » .

(٥) في (ب) « إليه شيء » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٠) ، والفتاوى الهندية (٥ / ٣٧٥) .

(٧) في (ب) « إلي » .

(٨) عيون المسائل (٢ / ٤٧٩) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣٣) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٥)

(٩) في (د) « فطحنت » .

(١٠) في (ب) « الطباع » .

(١١) فتاوى قاضيخان (٣ / ٤٣٣) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٥) .

لم يسخن^(١)، وفيه نظر^(٢) .

رجل^(٣) قال : إذا تناول فلان من مالي فهو حلال له ، فتناول^(٤) فلان شيئاً من ماله فهو حلال . ولو قال : كل من تناول من مالي فهو حلال له^(٥) ، فتناول^(٦) رجل شيئاً فهو^(٧) ليس بحلال له ويضمن بالتناول ، هكذا قال محمد بن سلمة . وقال أبو نصر محمد بن سلام : هو له حلال ، ولا ضمان عليه بالتناول . ولو قال لرجل بعينه : جميع ما تأكل^(٨) من مالي ، فقد جعلتك في حل [٣٤ / ٢ / ب] فتناول شيئاً ، فهو حلال بلا خلاف^(٩) .

ماتت الفأرة في صبيغ [فصبيغ]^(١٠) فيه الثوب ثم^(١١) غسل الثوب ثلاثاً يحكم بطهارته .

والرجل إذا كان في بيت فأخذته الزلزلة فلا بأس أن يفر إلى الفضاء ؛ بل يستحب^(١٢) ؛ ألا ترى إلى ما روي « أن^(١٣) رسول الله ﷺ مر بحائط مائل فأسرع في المشي »^(١٤) ، والله

(١) في (ب) « لم يتنجس » ، ولعلها الأصوب .

(٢) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٥) .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (ب) « فيتناول » .

(٥) في (ب) ، و (د) « فهو له حلال » .

(٦) في (ب) « فيتناول » .

(٧) في (ب) « هو » .

(٨) في (ب) « يأكل » .

(٩) الفتاوى البزازية (٦ / ٣٦٧) .

(١٠) مابين العقوفين في (أ) « قطع » ، والتصويب من من (ب) ، و (د) .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٤) . وفتاوى قاضيخان (٣ / ٤١٤) ، و الفتاوى البزازية (٦ / ٣٧١) .

(١٣) في (ب) « من » .

(١٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢ / ٣٥٦) بلفظ : « أن النبي ﷺ مر بجدار أو حائط فأسرع =

أعلم^(١)، [تم كتاب الكراهية والاستحسان]^(٢)^(٣) .

= المشي ، فقيل له : فقال : إني أكره موت الفوات . وابن عدي في الكامل (١/٢٣٢) ، وفي إسناده إبراهيم بن الفضل ويقال له : إبراهيم بن إسحاق . متروك ، وقال البخاري : منكر الحديث . وأخرج ابن أبي شبة في المصنف (٦/٢٥٧) «أن رسول الله ﷺ قال : «إذا مر أحدكم بهدف مائل أو صدف مائل فليسرع المشي وليسأل الله المعافاة» . كتاب الأدب ، باب ٢١٥ ، الحديث رقم ١ ، وهو مرسل من طريق يحيى بن أبي كثير انظر تقريب التهذيب ص (٩٢) ، و(٥٩٦) .

وهو في مسند الإمام أحمد بتحقيق الأرئوط (٣٠٢/١٤) برقم (٨٦٦٦) .

(١) سقط من (ب) .

(٢) في هامش (د) :

الفصل التاسع والعشرون من الاستحسان : في المرأة التي سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثاً ، وفي المرأة تتزوج ولها زوج .

سئل الفقيه أبو القاسم عن امرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثاً ولا تقدر على أن تمنع نفسها منه ، هل يسعها أن تقتله ؟ ، قال : لها ذلك في الوقت الذي يريد أن يقربها ولا تقدر على منعه إلا بالقتل . وهكذا كان يفتي السيد الإمام أبو شجاع ، والشيخ الإمام شيخ الإسلام أبو الحسن . وكان القاضي الإمام الأسبجاني يقول : لا يسعها أن تقتله ، وكان يستدل بمسألة ذكرها محمد في كتاب الإكراه : أن اسلطان إذا أكره رجلاً على الزنا ، فزنا فإنه يآثم ولو أكره المرأة على الزنا فمكنت نفسها لا تأثم ، وإذا لم تكن آثمة أن توطأ وهي مكروهة لا تكون مضطرة في قتل الزوج . قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفي : قيل للإمام القاضي الأسبجاني : السيد الإمام الأجل أبو شجاع يقول : لها أن تقتله ، قال : هو رجل كبير ، وله مشايخ كبار ، ولا يقول ما يقول إلا عن صحة فالاعتماد على قوله فكانه رجع إلى قوله ، قاله الشيخ الإمام نجم الدين النسفي .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، وفي (د) «تم كتاب الكراهية والاستحسان من المحيط» .

كتاب التحري^(١)

هذا الكتاب يشتمل على [أربعة]^(٢) فصول :

[الفصل الأول^(٣) : في مسائل الصلاة .

الفصل الثاني^(٤) : في مسائل الزكاة .

الفصل الثالث^(٥) : في التحري في الثياب والمساليخ والأواني والموتى]^(٦) .

الفصل الأول في مسائل الصلاة

يجب أن يعلم بأن معرفة جهة الكعبة إما بدليل عليها ، أو بالتحري عند انعدام الأدلة^(٧) . فمن الدلائل : المحاريب المنصوبة في كل موضع ؛ لأن ذلك باتفاق من الصحابة - رضي الله عنهم - ومن بعدهم^(٨) ، فإن الصحابة فتحوا العراق وجعلوا القبلة ما بين

(١) التحري لغة: من تحرّيتُ الشيء ، قَصَدْتُهُ وتَوَخَّيْتُهُ ، وتحريت في الأمر: طلبت أحرى الأمرين وهو أولاهما والأحقّ منهما . مأخوذ من الحرّى وهو الخلق ، والتوخّي مثله .

المصباح المنير (١ / ١٣٣) ، ولسان العرب (١٤ / ١٧٣) ، والقاموس المحيط ص (١٦٤٤) .
واصطلاحاً: عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته .

المبسوط (١٠ / ١٨٥) ، وطلبية الطلبة (١٨٦) ، والمغرب ص (١١٣) ، وأنيس الفقهاء ص (٨٥) .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « ثلاثة » ، وسقط من (ج) ، وفي (هـ) « فصول أربعة » ، وقد أثبت الفصل الرابع لوجوده في (ج) ، و (هـ) .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « الدلالة » .

(٨) في (ب) بعدها : « إن الصحابة - رضي الله عنهم - » ، وهي تكرار .

المغرب والمشرق^(١) ، ثم فتحوا خراسان^(٢) ، وجعلوا القبلة ما بين المغربين : مغرب الشتاء ومغرب الصيف ، وكانوا يصلون إليها ، ولما ماتوا جعلوا^(٣) قبورهم إليها أيضاً من غير تكبير منكراً^(٤) ، وكفى بإجماعهم حجة .

ومن الدليل : السؤال في كل موضع [من أهل ذلك الموضع]^(٥) ، لأن أهل كل موضع أعرف بقبلتهم [من غيرهم]^(٦) عادة .

ومن الدليل : النجوم أيضاً ، على ما حكى [عن]^(٧) عبد الله بن المبارك قال : إن أهل الكوفة^(٨) يجعلون الجدي^(٩) خلف القفا في استقبال القبلة ، ونحن نجعل الجدي خلف الأذن اليمنى .

وكان الشيخ الإمام الزاهد رئيس أهل السنة إمام الهدى أبو منصور الماتريدي^(١٠)

(١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « ما بين المشرق والمغرب » .

(٢) خراسان : قطر معروف ، وتشتمل على أمهات البلاد منها : نيسابور ، وهراة ومرو ، وكانت قصبته ، وبلغ وسرخس ومايتخلل ذلك من المدن التي دون نهر جيحون ، قال الجرجاني معنى : « خر » : كُلْ ، و « اسان » معناه : سهل ، أي : « كُلْ بلا تعب » ، والعرب إذا ذكرت المشرق كله ، قالوا : فارس فخراسان من فارس ، ومن خراسان العلماء والمحدثون والنسك المشهورون .

الروض المعطار (٢١٤) ومعجم البلدان (٣٥٠ / ٢) .

(٣) في (ج) « جعلت » .

(٤) في (ج) « من غير تكبير أحدٍ منهم » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) الكوفة : مدينة مشهورة بالعراق ، قيل : سميت كوفة لاستدارة بنائها ؛ لأنه يقال : تكوَّف القوم ، إذا اجتمعوا واستداروا . معجم البلدان (٤٩٠ / ٤) ، وتهذيب الأسماء واللغات (١٢٥ / ٤) ، والمصباح المنير (٥٤٤ / ٢) .

(٩) الجدي هو : يفتح الجيم وسكون الدال ؛ نجم في السماء قريب من القطب تُعرف به القبلة ، ويقال له : جدي الفرقد .

المصباح المنير (٩٣ / ١) ، لسان العرب (١٣٥ / ١٤) .

(١٠) هو : محمد بن محمد بن محمود الماتريدي ، من أئمة المتكلمين ، وإليه تنسب الفرقة الماتريدية =

يقول : السبيل في معرفة جهة^(١) القبلة أن ينظر إلى مغرب الشمس في أطول أيام السنة فيعيّنه ، ثم ينظر إلى مغرب الشمس في أقصر أيام السنة فيعيّنه ، ثم يدع الثلثين على يمينه والثلث على يساره ، فيكون مستقبلاً لجهة القبلة^(٢) إذا وجه ذلك الموضع ، وعند انقطاع هذه الأدلة فإصابة جهة الكعبة بالتحري^(٣) .

وجملة هذا الفصل على أربعة أوجه :

أحدها : إذا صلى [١٨٨ / ٥ هـ] إلى جهة من غير شك ،^(٤) ولم يخطر بباله وقت التكبير أن هذه الجهة^(٥) قبله أو ليست بقبله ، وفي هذا الوجه : إن علم أنه أصاب ، أو كان أكثر رأيه ذلك يجزئه ؛ لأنه لو لم يعلم أنه أصاب أو لم يصب [يجزئه]^(٦) لأن الجواز أصل فيما يفعله المسلم العاقل ، فلأن يجزئه إذا علم أنه أصاب ، أو كان أكثر رأيه ذلك أولى . وإن علم أنه أخطأ القبلة لا يجزئه^(٨) ،^(٩) لأن الجواز في الوجه الأول بنوع ظاهر ، من حيث إن الجواز أصل فيما يفعله العاقل المسلم ، وهذا نوع ظاهر ، والثابت بالدليل فوق الثابت بالظاهر . وكذلك إذا كان أكثر الرأي [أنه أخطأ ؛ لأن أكثر

= وهو إمامها ، له من التصانيف : كتاب التوحيد ، وكتاب المقالات ، وكتاب رد أوائل الأدلة ، وكتاب تأويلات القرآن ، وغيرها .

مات بسمرقند سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة .

الخواهر المضية (٣ / ٣٦٠) برقم ١٥٣٢ ، وتاج التراجم (٢٠١) برقم ٢٢٠ ، والفوائد البهية (١٩٥) .

(١) سقط من (ب) .

(٢) في (ج) « للجهة » .

(٣) المبسوط (١٠ / ١٩٠ ، ١٩١) .

(٤) في (ج) « من غير شك ولا تحري » .

(٥) في (ج) « أن هذه قبله » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « تحريه » ، وفي (ج) « الكلمة مهملة والتصويب من (ب) » .

(٧) في (ج) « أكبر » . وفي المواضع الأخرى قبلها الكلمة غير منقوطة .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ب) « لا يجوز » .

الرأي^(١) أقيم مقام العلم في حق العمل ، وهذا كله إذا علم أنه أصاب أو أخطأ بعد الفراغ من الصلاة .

فأما إذا علم في خلال الصلاة أنه أصاب القبلة أو كان أكثر رأيه ، قد^(٢) ذكر شيخ الإسلام [في شرحه]^(٣) : أنه لا يجوز ويلزمه الاستقبال . وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه : أن فيه اختلاف المشايخ ، كان الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يقول : لا يجزئه ، ويلزمه الاستقبال ؛ لأن ما ظهر من الحال^(٤) في الانتهاء فوق الحال^(٥) الماضية ؛ لأن التوجه إلى القبلة في الحال^(٦) الماضية كان ثابتاً بظاهر [الحال]^(٧) ، وبعد ما علم أنه أصاب أو كان أكثر^(٨) رأيه ذلك فالتوجه إلى القبلة [ثابت]^(٩) بالدليل ، ولا شك أن الثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال . وإذا كان^(١٠) ما ظهر من الحال^(١١) في الانتهاء فوق الحال الأول^(١٢) لم يمكنه بناء الباقي على ما مضى لأن الأقوى لا يجوز أن يبني على الأضعف ؛ ألا ترى^(١٣) أن الموميء إذا قدر على الركوع والسجود في خلال الصلاة والأُمي^(١٤) إذا صار قارئاً لا يبني .

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) و(ب) و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) و(د) ، والتصويب من (ب) ، و(ج) .

(٤) في (ب) ، و(ج) ، و(د) ، الحالة .

(٥) في (ب) ، و(ج) ، الحالة .

(٦) في (ب) ، و(ج) ، الحالة .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) و(ب) و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) في (ج) « أكبر » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و(د) ، والتصويب من (ب) ، و(ج) .

(١٠) في (ب) ، و(ج) « فإذا » .

(١١) في (ب) ، و(ج) ، الحالة .

(١٢) في (ب) ، و(ج) « الحالة الأولى » .

(١٣) في (ب) « يرى » .

(١٤) في (ب) ، و(ج) « أو الأُمي » .

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر بن حامد يقول : يجزئه [٢ / ٤١٥ / ١] ، ولا يلزم الاستقبال ؛ لأن صلاته كانت صحيحة في الابتداء ؛ لانعدام دليل ^(١) المفسد ، فالشيء ^(٢) لا يزداد القوة حكماً ^(٣) ، بخلاف ما بعد الشك ؛ لأن هناك صلاته ليست بصحيحة إلا بالتيقن بالإصابة ^(٤) فإذا تبين أنه أصاب فقد تقوى حاله حكماً ، فلزمه الاستقبال ، أما ههنا بخلافه .

الوجه الثاني : إذا اشتبهت ^(٥) عليه القبلة فلم يتحر ، وصلى إلى جهة ؛ إن علم أنه أخطأ أو كان ^(٦) أكثر رأيه ^(٧) أنه أخطأ^١ أولم يعلم ^(٨) أنه أخطأ أو أصاب لا يجزئه ، وإن علم أنه أصاب يجزئه ، هذا كله قبل الفراغ من الصلاة . أما إذا لم يعلم أنه أخطأ أو أصاب إنما لا يجزئه ؛ لأن التحري افترض عليه حال ^(٩) الاشتباه شرطاً لجواز الصلاة ، فإذا ترك التحري فقد ترك شرطاً من شرائط جواز الصلاة فلا يجزئه ، كما لو ترك شرطاً آخر . وإذا ظهر الكلام فيما إذا لم يعلم أنه أخطأ [أو أصاب ظهر الكلام فيما إذا علم أنه أخطأ] ^(١٠) أو أكثر رأيه ذلك من طريق الأولى .

فرق بين هذا وبين المسألة الأولى : فإن في المسألة الأولى إذا لم يعلم أنه أصاب أو لم يصب فإنه يجزئه ، ووجه الفرق : أنه ^(١١) في المسألة الأولى لم يصبر تاركاً شرطاً من شرائط

(١) في (ج) « الدليل » .

(٢) الكلمة غير واضحة في (ج) .

(٣) في (د) « إلا حكماً » .

(٤) في (ب) « بالإضافة » .

(٥) في (ج) « اشتبه » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « أكثر رأيه ذلك » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) ، و (ج) « حاله » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « أن » .

جواز الصلاة ؛ لأن التحري إنما يجب حال^(١) الاشتباه ، ولم يشتبه عليه أمر^(٢) القبلة في المسألة الأولى . أما ههنا فقد اشتبه عليه أمر التحري فإن التحري^(٣) شرط لجواز الصلاة ، فإن^(٤) ترك ذلك فقد ترك شرطاً من شرائط جواز الصلاة^(٥) .

فإن قيل : لو صار تاركاً شرطاً من شرائط جواز الصلاة لكان لا يجزئه [٣ / ٢٤٧ / د] وإن علم أنه أصاب ، كما لو تحرى ووقع تحريه على جهة فترك تلك الجهة وصلى إلى جهة أخرى .

والجواب : [أن^(٦) التحري]^(٧) ما افترض لعينه وإنما افترض لغيره وهو إصابة القبلة ؛ لأن التحري طلب ، والمقصود من الطلب المطلوب لا عين الطالب^(٨) .

فإذا علم أنه أصاب القبلة فتبين أن التحري لم يكن فرضاً عليه ؛ لأن ما افترض لغيره لا يبقى فرضاً متى حصل المقصود بدونه^(٩) ؛ بخلاف ما لو تحرى ووقع تحريه على جهة^(١٠) فتوجه إلى جهة^(١١) أخرى ؛ لأن هناك ترك فرضاً^(١٢) لعينه ؛ لأن التوجه إلى الجهة^(١٣) التي وقع تحريه عليها^(١٤) افترض لعينه ؛ لأن هذه الجهة صارت قبلة له بنص الكتاب كالكعبة

(١) في (ب) ، و (ج) « حالة » .

(٢) في (ج) « أن القبلة » ، وفي (د) « حال القبلة » .

(٣) في (ج) « أما ههنا اشتبه عليه أمر القبلة فافترض عليه التحري شرط لجواز الصلاة » .

(٤) في (ج) « فإذا » .

(٥) في (ج) « صلاته » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « الطلب » .

(٩) في (ج) « بدونه كالسعي إلى الجمعة لا يبقى فرضاً متى حصل المقصود بدونه » .

(١٠) في (ب) « جهته » .

(١١) في (ب) « جهته » .

(١٢) سقط من (ج) .

(١٣) في (ب) « الجهته » .

(١٤) في (ج) « التي وقع عليها التحري » .

حالة العيان، والتوجه إلى الكعبة حال العيان فرض لعينه، فكذا التوجه إلى الجهة^(١) التي أدى تحريه، ومن ترك من صلاته^(٢) ما هو فرض لعينه لا تجزئه^(٣) صلاته ، وإن أتى بشيء آخر، كما لو ترك ركوعاً ، وأتى بثلاث سجادات . فأما إذا كان أكثر رأيه أنه أصاب ، وكان ذلك بعد الفراغ من الصلاة هل يجزئه ؟ لم يذكر محمد هذا في الأصل وقد اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يجزئه ؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم ، ولو علم أنه أصاب يجزئه فكذا ههنا^(٤) .

الدليل عليه : أن محمداً سوى بين العلم وأكثر الرأي قبل الفراغ من الصلاة^(٥)، فقال : لو كان أكثر رأيه أنه صلى إلى القبلة قبل الفراغ من الصلاة يلزمه الاستقبال، كما لو علم أنه صلى إلى القبلة ومنهم من قال : لا يجزئه، لأن التحري لزمه بيقين فلا يسقط إلا بيقين مثله ، وغالب الرأي لا يوجب علم اليقين فلا يسقط^(٦) فرض التحري ، وهذا بخلاف ما لو كان أكثر رأيه في الصلاة أنه أصاب فإنه يلزمه الاستقبال [كما لو علم يقيناً لأن أكثر الرأي في الصلاة إما أن يلحق بالعلم أو بالجهل وبأي ذلك ما أحقنا يلزمه الاستقبال]^(٧) إن أحقناه بالعلم ، فلأن الحالة الثانية أقوى من الحالة الماضية فلا يمكنه البناء على الماضي، وإن أحقناه بالجهل فلفساد الشروع ، فأما بعد الفراغ فالتحري كان فرضاً عليه بيقين ، فلا يسقط عنه إلا بيقين مثله .

الوجه الثالث : إذا شك ، وتحري ، وصلى إلى الجهة التي وقع التحري عليها ، وفي هذا الوجه تجزئه صلاته ، وإن علم أنه أخطأ القبلة .

وقال الشافعي : لا تجزئه صلاته إذا علم أنه أخطأ القبلة ، وجه قوله : أنه أدى حكماً

(١) في (ب) « الجهة » .

(٢) في (ب) « ومن ترك صلاته » .

(٣) في (ج) « لا تجوز » .

(٤) في (ج) « هنا » .

(٥) في (ب) « الصلاة يلزمه » ، وقد وضع شرطتين فوق كلمة يلزمه ، مما يشير إلى أنها كتبت خطأ .

(٦) في (ج) « فلا يسقط به » .

(٧) ما بين المعنيتين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

عن اجتهاد، وقد ظهر خطؤه بيقين فيلزمه الإعادة ؛ كما لو توضأ بماء على ظنه^(١) أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس ، [أو صلى في ثوب على ظن أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس]^{(٢)(٣)}.

وجه قول علمائنا : حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة^(٤)، وإنه معروف^(٥) . وأما

(١) في (ب) ، وفي (ج) « ظن » .

(٢) الأم (٩٣/١) ، والمهذب (٦٨/١) ، والمجموع (٢٢٥/٣) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٤) هو عبد الله بن عامر أبو محمد الغنزي ، يسكون النون ، المدني ، حليف بني عدي بن كعب ، وعز أخوايكر بن وائل ، استشهد أخوه سميُّ عبد الله في حصار الطائف . وكان أبوهما : عامر بن ربيعة بن كعب بن مالك من كبار المهاجرين البدرين ، وكان مولد عبد الله عام الحديبية ، وكان ثقة قليل الحديث ، توفي سنة خمس وثمانين .

طبقات ابن سعد (٩/٥) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٧٣/١) ، وتهذيب التهذيب (٥/٢٧٠) ، وسير أعلام النبلاء (٥٢١/٣) .

(٥) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ٢٥٧ - ما جاء في الرجل يصلي لغير القبلة في الغيم (٢/١٧٦) رقم ٣٤٥ بلفظ : « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر ليلة مظلمة ، فلم ندر أين القبلة ، فصلى كل رجل منا على حياله ، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فنزل : ﴿ فأيما تولوا فثم وجه الله ﴾ . وقال : هذا حديث ليس إسناؤه بذلك ، لا نعرفه إلا من حديث أشعث السمان . وأشعث بن سعيد أبو الربيع السمان يضعف في الحديث ، وقد ذهب أكثر أهل العلم إلى هذا ، قالوا : إذا صلى في الغيم لغير القبلة ثم استبان له بعد ما صلى أنه صلى لغير القبلة فإن صلاته جائزة . وبه يقول سفيان الثوري وابن المبارك ، وأحمد وإسحاق . انتهى كلام الترمذي .

وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب ٦٠ (٣٢٦/١) الحديث رقم ١٠٢٠ بلفظ : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، فغيمت السماء وأشككت علينا القبلة ، فصلينا ، وأعلمنا ، فلما طلعت الشمس إذ نحن قد صلينا لغير القبلة ، فذكرنا ذلك للنبي ﷺ ، فأنزل الله : ﴿ فأيما تولوا فثم وجه الله ﴾ .

والدارقطني في سننه (٢٧٢/١) كتاب الصلاة، باب الاجتهاد في القبلة وجواز التحري في ذلك ، الحديث رقم ٦٠٥ .

والبيهقي في السنن الكبرى (١١/٢) عن الأشعث بن سعيد أبو الربيع وعمرو بن قيس =

مسألة الثوب والماء قلنا : القياس في القبلة أن لا يجوز كما في الماء والثوب^(١) ، إلا أنا تركنا القياس في القبلة بالنص ، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره ، والنص الوارد في القبلة لا يكون وارداً في الماء والثوب دلالة ؛ لأن الصلاة إلى غير القبلة أخف من الصلاة بغير وضوء وفي ثوب نجس ؛ لأن التطوع إلى غير القبلة يجوز بالعدر الذي لا يجوز - بمثل ذلك^(٢) العذر - الصلاة بغير وضوء ولا في ثوب نجس ، فإنه بعذر السفر فيما دون ذلك^(٣) يجوز التطوع إلى غير القبلة ، ولا يجزئه بغير طهارة ، ولا في ثوب نجس . وإذا كان أخف فالنص الوارد في القبلة بخلاف القياس لا يكون وارداً فيهما دلالة ، فَرُدُّ فصل الماء والثوب إلى ما يقتضيه القياس ، والقياس ما قاله ، وهذا إذا كان بعد الفراغ من الصلاة ، فاما قبل الفراغ من الصلاة : إذا علم أنه أصاب القبلة فإنه يمضي في صلاته ولا يستقبل ، لأن الحالة الثانية مثل الحالة الأولى ، ولأن^(٤) الجهة التي وقع عليها التحري صارت قبله بالنص كالكعبة ، وإذا كانت الحالة الثانية مثل الأولى^(٥) لا فوقها أمكنه البناء على الحالة الأولى [٢ / ٤١٦ / ١] [ألا ترى]^(٦) أن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس فلما تحولت القبلة إلى الكعبة تحولوا إليها وهم في الصلاة وجازت^(٧) صلاتهم^(٨) .

= كلاهما عن عاصم بن عبيد الله . وعنده : « فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « مضت

صلواتكم » وحسنه الشيخ الألباني في الإرواء (١ / ٣٢٣) الحديث رقم ٢٩١ .

(١) في (ج) « في الثوب والماء » .

(٢) في (ج) « بمثله » .

(٣) في (ب) « فيما دون يجزئه ، وفي (ج) « دون السفر يجزئه » .

(٤) في (ج) « لأن » .

(٥) في (د) « مثل الحالة الأولى » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) و (ب) و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) في (ج) « وجازتهم » .

(٨) متفق عليه ، أخرجه الإمام البخاري بسنده في الصلاة ، باب ٣٢ (١ / ٦٠٣) الحديث رقم ٤٠٣ ،

عن عبدالله بن عمر قال : « بينا الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آت فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل عليه الليلة قرآن ، وقد أمر أن يستقبل الكعبة ، فاستقبلوها ، وكانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة .

الوجه الرابع: إذا شك ، وتحرى ، وأعرض عن الجهة التي وقع تحريمه عليها ، وصلى إلى جهة أخرى لا يجزئ^(١) في ظاهر رواية أصحابنا . وروى أبو سليمان الجوزجاني^(٢) ج عن أبي يوسف : أنه يجوز ، وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا . وجه رواية أبي سليمان : أن التوجه إلى الجهة التي وقع تحريمه عليها لم يفرض بعينه ، بل لرجاء^(٣) أنها كعبة حقيقية ، فإذا أصاب^(٤) الكعبة بجهة أخرى فقد حصل ما هو المقصود^(٥) من التوجه إلى الجهة التي وقع تحريمه عليها ، فسقطت^(٦) فرضية التوجه إليها .

ومما يلحق بهذا الفصل : إذا صلى إلى الجهة التي وقع عليها ركعة ، أو ركعتين ، ثم علم أنه أخطأ ، فعليه أن يتحول إلى جهة الكعبة ، ويبني على صلاته . وإذا وقع تحريمه إلى جهة فصلى إليها ركعة ، ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى . يتحول إلى الجهة الثانية ، وكذا الثالثة^(٧) والرابعة . والأصل فيه حديث أهل قباء على ما روينا .

= وفي التفسير ، باب ١٤ ، ١٦ ، ١٧ ، ١٩ ، ٢٠ (٨ / ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤) رقم ٤٤٨٨ ، ٤٤٩٠ ، ٤٤٩١ ، ٤٤٩٣ ، ٤٤٩٤ . وفي أخبار الآحاد ، باب (١٣ / ٢٤٥) الحديث رقم ٧٢٥١ . باختلاف يسير في اللفظ .

والإمام مسلم في المساجد ، باب ٢ - تحويل القبلة ... ، (١ / ٣٧٥) الحديث رقم ١٣ (٥٢٦) .

(١) في (ج) « لا يجزئه » .

(٢) هو : العلامة الإمام ، أبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني ، صاحب أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن ، حدث عنهما ، وعن ابن المبارك ، عرض عليه المأمون القضاء فامتنع ، له من التصانيف : السير الصغير ، وكتاب الرهن ، وكتاب الصلاة ، وأصل محمد بن الحسن الموجود بأيدينا ، روايته عنه . وذكر ابن النديم أنه لا مصنف له ، وإنما روى كتب محمد بن الحسن . توفي بعد المائتين .
الفهرست ٢٩٠ ، وسير أعلام النبلاء (١٠ / ١٩٤) ، والجواهر المضية (٣ / ٥١٨) برقم ١٧١٤ ، وتاج التراجم (٢٦٠) برقم ٢٩٢ ، والفوائد البهية ٢١٦ .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) في (ب) « أصار » .

(٥) في (ج) « حصل المقصود » .

(٦) في (ج) « فسقط » .

(٧) في (ج) « وكذا في الثالثة والرابعة » .

واختلف المتأخرون فيما إذا صلى [ركعة]^(١) إلى جهة بالتحريم ، ثم وقع تحريمه على جهة أخرى ، وصلى^(٢) إليها ركعة ، ثم وقع تحريمه على الجهة الأولى ، فمنهم من قال : يستقبل تلك^(٣) الجهة أيضاً ، ومنهم من قال : يلزمهم^(٤) الاستقبال^(٥) .

[رجل أم قوما في ليلة مظلمة فتحرى إلى القبلة فصلى إلى المشرق ، وتحرى من خلفه ، وصلى بعضهم إلى القبلة ، وبعضهم إلى دبر القبلة ، وهم^(٦) خلف الإمام لا يعلمون ماصنع الإمام ، أجزأهم ، وهذا إذا كان عند كل واحد^(٧) : أن وجه الإمام إلى هذا الجانب - الذي وجهه - ، ولم يتقدم على الإمام . أما إذا كان عند واحد منهم : أن وجه الإمام إلى جانب آخر ، أو هو تقدم على إمامه ، لا تجوز صلاته . وأما^(٨) إذا كان عنده أنه تقدم على إمامه فظاهر . وأما إذا كان عنده أن وجه إمامه إلى جانب آخر ، فلائنه [زعم فساد صلاة إمامه لما أنه]^(٩) يزعم أنه ترك القبلة ، وهذا بخلاف ما لو صلى في جوف الكعبة فإنه يجوز صلاة الكل ؛ من كان وجهه إلى الجانب [الذي إمامه إليه ، ومن كان وجهه إلى جانب]^(١٠) آخر ؛ لأن هناك أحد لم يزعم أنه ترك القبلة وفساد صلاة الإمام ؛ لأن كل جهة حق بيقين ، أما ههنا فالجهات كلها ليست بحق^(١١) ؛ بل الحق جهة واحدة ، ولهذا أمر بالتحريم . ولو كانت كل جهة حقاً لما احتيج إلى التحريم ؛ إنما الحق

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) و(ب) و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ج) « فصلى » .

(٣) في (ج) « ينتقل إلى تلك » .

(٤) في (ب) ، و(ج) « يلزمه » .

(٥) المبسوط (١٠/١٩٢-١٩٤) .

(٦) في (د) « وكلهم » .

(٧) في (ب) « واحد منهم » .

(٨) في (ب) « أما » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١١) في (ب) ، و(د) « بحق بيقين » .

عند كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده ، وأما^(١) عند صاحبه خطأ^(٢) .

وكثير من مسائل التحري ذكرناها في كتاب الاستحسان [فلا نعيده]^(٣) [[^(٤) .

وما يتصل بهذا الفصل : معرفة مكان التحري . ذكر في باب صلاة المريض [٣٥٢ /

ب] [٢ / ٥٦١ / ج] من الأصل مسألة تدل على أن التحري في باب القبلة كما يجوز

خارج المصر يجوز في المصر وصورتها : قوم مرضى في بيت بالليل^(٥) أمهم [واحد]^(٦)

وصلى بعضهم إلى القبلة ، وبعضهم إلى غير القبلة ، وهم يظنون أنهم أصابوا يعني : تحروا

فصلاتهم جائزة ؛ لأنه يجوز ذلك من الأصحاء حالة الاشتباه فمن المرضى أولى^(٧) .

ووجه الاستدلال بها : أن محمداً حكم بجواز صلاتهم من غير فصل بين ما إذا كان

البيت في المصر أو خارج المصر .

وعن أبي يوسف : أن الرجل إذا كان ضعيفاً ، وكان ليلاً ، ولم يجد أحداً يسأل ،

فأراد أن يصلي تطوعاً^(٨) ، جاز له التحري . وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه مسألة

الضعيف فقال : إذا كان الرجل ضعيفاً في بيت إنسان ، فنام القوم ، فأراد الضيف أن يتهدج

بالليل ، وكره أن يوقظهم ، وذكر أن بعض مشايخنا قالوا : لا يجوز له التحري ،

وبعضهم قالوا : إن كان يريد إقامة المكتوبة لا يجوز له التحري ، وإن كان يريد تهجد^(٩)

الليل يجوز له التحري . قال شمس الأئمة الحلواني عن مشايخه : أن الصحيح أن^(١٠) لا

(١) في (ب) ، و (د) « وما » .

(٢) الأصل (٤٠٤ / ١) ، والمبسوط (٧٩ / ٢) ، و (١٩١ / ١٠) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) ما بين المعقوفين المزدوجين سقط من (ج) وقد ذكر في أول الفصل الرابع ^{بسم الله الرحمن الرحيم} كما سيأتي من ^{بسم الله الرحمن الرحيم} .

(٥) في (د) « في الليل » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (ج) « أحد » ، والتصويب من (د) .

(٧) الأصل (٢٠٩ / ١) .

(٨) في (ج) « التطوع » .

(٩) في (ج) « التهجد » .

(١٠) في (ج) « أنه » .

يجوز له التحري في المصر؛ لأنه يتوصل^(١) إلى إصابة الجهة بالسؤال، أو^(٢) يجد من^(٣) يسأله غالباً والحكم يبنى على الغالب، قالوا: وما ذكر في باب صلاة المريض محمول على البيت الذي يكون في الرباط، ولا يكون ثمة ساكنون والمرضى مسافرون^(٤).

[وفي فتاوى النسفي: التحري في المسجد في ليلة مظلمة يجوز حتى لو صلى المغرب في المسجد بالتحري ثم جيء بالسراج وظهر أنه أخطأ القبلة لا تجب الإعادة عليه سواء كان المسجد له محراب أو لم يكن؛ لأن في مس الحائط لطلب المحراب احتمال الضرر، قال: وهذا جواب السيد الإمام أبي شجاع، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني، وفي النهار لا يجوز]^(٥).

وفي كتاب التحري: رجل دخل مسجدا لا محراب فيه، وقبلته مشككة، وفيه قوم من أهله، فتحرى هذا الرجل القبلة وصلى، ثم يتبين أنه أخطأ، فعليه أن يعيد الصلاة. وإن علم أنه أصاب جازت صلاته؛ لأن السؤال من أهله ما افترض لعينه^(٦)؛ بل لإصابة الكعبة فإذا أصاب فقد حصل المقصود.

قال في كتاب التحري عقيب ذكر هذه المسألة: وهو نظير من أتى خيام^(٧) الأحياء ولم يجد ماء فتميم وصلى، ثم وجد الماء فإن كان في الحي قوم من أهله ولم يسألهم لا يجزئ^(٨) التيمم، وإن كان في الحي قوم من غير أهله فلم يسألهم [أو سألهم ٣ / ٢٤٨ د] فلم يخبروه^(٩) أو لم يكن بحضرته من يسأله جازت صلاته^(١٠).

(١) سقط من (ب).

(٢) في (ج) «و».

(٣) سقط من (ب).

(٤) الفتاوى الهندية (٣٨٢/٥).

(٥) مابين المعقوفين زيادة من (ج).

(٦) في (ب) «بعينه».

(٧) في (ج) «حيّاً من الأحياء».

(٨) في (ج) «لا يجوز له».

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) وفي (ب) «أو سألهم يحترزه»، والتصويب من (ج)، و(د).

(١٠) الأصل (١٧/٣)، والمبسوط (١٩٥/١٠).

وذكر القدوري في شرحه عن محمد فيمن بان له الخطأ بمكة، بأن كان ثمة^(١) محبوساً في بيت ، فاشتبهت عليه القبلة ، فتحرى ولم^(٢) يكن عنده من يسأله : أنه لا إعادة عليه . قال ثمة : وهو الأقيس ؛ لأنه إذا كان محبوساً في بيت وانقطع عنه سائر الأدلة ، تعين عليه التحري ، فقد أتى بما أمر به ، فيجوز . قال ثمة : وقال أبو بكر الرازي : عليه الإعادة ؛ [لأن تيقن الخطأ]^(٣) بمكة مقطوع بها . قال ثمة : وكذلك لو كان بالمدينة ؛ لأن القبلة بالمدينة [٢ / ٤١٧ / ١] مقطوع بها نصبها رسول الله ﷺ بالوحي ؛ بخلاف سائر البقاع ، [والله أعلم]^(٤) .

(١) في (ج) « به » .

(٢) في (ج) « فلم » .

(٣) ما بين المعقوفين في جميع النسخ « لأنه تيقن بالخطأ » والصواب ما أثبتته .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

الفصل الثاني في مسائل الزكاة

وإذا دفع الرجل زكاة ماله إلى رجل [ولم يخطر بباله عند الدفع أنه غني أو فقير جاز الأداء^(١)، ولا^(٢) إذا علم أنه غني وإن دفع إلى رجل]^(٣) ظن أنه فقير من غير أن يستدل على كونه فقيراً بما جعل أمانة على الفقر فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول . ومعنى المسألة : أنه لم يشك في أمر المدفوع^(٤)، بل [لما]^(٥) رآه وقع في قلبه أنه فقير، فإن^(٦) اشتبه عليه حال المدفوع إليه ، فدفع إليه بعد ما تحرى ، ووقع في أكثر رأيه أنه فقير، أو أخبره المدفوع إليه، أو أخبره عدل آخر أنه فقير [أو رآه]^(٧) في زي الفقراء ، أو رآه^(٨) جالساً في صف الفقراء ، أو رآه يسأل الناس ووقع في قلبه أنه فقير ، وفي هذه الوجوه كلها : إن علم أنه فقير، أو أكثر رأيه [أنه]^(٩) فقير، أو لم يعلم شيئاً، أو علم أنه غني، أو كان أكثر رأيه أنه غني . جاز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - الجواب كذلك إلا في وجه واحد وهو : ما إذا علم أنه غني، فإن في هذه الصورة لا يجزئه عن زكاة ماله ، عند أبي يوسف^(١٠) . قال شيخ الإسلام : وله أن يسترد ما دفع إليه ، وهذا خلاف الرواية ؛ فالرواية

(١) سقط من (ب) ، و (د) .

(٢) في (ب) ، و (د) « إلا » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ج) « المدفوع إليه » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (ج) « كما » ، والتصويب من (د) .

(٦) في (ج) « وإن » .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « ورآه » والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٨) سقط من (د) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) الأصل (١١ / ٣) ، والمبسوط (١٠ / ١٨٦ - ١٨٧) .

منصوصة عن أبي يوسف أنه لا يملك الاسترداد^(١).

ثم إن [بعض مشايخنا ذكروا أنَّ] ^(٢)محمداً جمع بين فصول خمسة: بين ما إذا أخبره المدفوع إليه أو عدل آخر أنه فقير، [أو رآه في زي الفقراء، أو جالساً في صف الفقراء] ^(٣)أو رآه يسأل الناس ووقع في قلبه أنه فقير، ذكر هذا الشرط - وهو الوقوع في قلبه أنه فقير - فيما إذا رآه يسأل الناس، ولم يذكر في الفصول^(٤) الآخر هذا الشرط^(٥)، [وإنه شرط في الفصول الأخر أيضاً] ^(٦)[وكذا ذكر في النوادر بعض الفصول الآخر مع هذا الشرط] ^(٧). وهذا لأنه إذا وقع في قلبه صدقُه كان بمنزلة التحري^(٨).

ثم على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - إذا ظهر أن المدفوع إليه غني، وجازت الصدقة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - هل يحل للقابض^(٩) ؟. اختلف المشايخ فيه : قال بعضهم : لا يطيب . [وقال بعضهم : يطيب] ^(١٠)وقال بعضهم : يردّه [المعطي] ^(١١)[على] ^(١٢)وجه التملك .
ثم المعطي هل يثاب على ذلك ؟ ، قال بعضهم : يثاب ثواب المجاملة مع الناس، والبرّ بهم ، ولا يثاب ثواب الصدقة .

(١) المبسوط (١٨٨ / ١٠) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) في (د) « الفصل » .

(٥) في (ب) ، و (د) « مع هذا الشرط » ، وفي (ج) سقطت جميع العبارة .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) الأصل (٧ / ٣) .

(٩) في (ب) « للقاضي » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١١) ما بين المعقوفين في (أ) و (ب) و (ج) ، و (د) ، « المدعي » ، والتصويب من (هـ) .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) « عليه » . ، والتصويب من باقي النسخ .

واستشهد في الكتاب حجة لأبي يوسف في المسألة المختلف فيها^(١) قال : وهو بمنزلة رجل توضع بماء ، وصلى ، ثم تبين أنه [غير طاهر]^(٢) ، وذكر أن هذا يجرئه ما لم يعلم ، فإذا علم أعاد^(٣) .

قال شمس الأئمة الحلواني : وتحت هذه اللفظة^(٤) فائدة عظيمة : فإنه جعل تلك الصلاة مجزئة ما لم يعلم [أنها]^(٥) فاسدة في الحقيقة .

قال محمد^(٦) - رحمه الله - : وكذلك كل صلاة وقعت فاسدة ، وهو يظن أنها وقعت جائزة ، فمات قبل العلم لم يعاتب^(٧) والعبرة لما عنده [لا]^(٨) لما عند الله - تعالى - . قال : وهو نظير ما روي عن أبي يوسف فيمن اشترى أمة ، ووطئها^(٩) مراراً ، ثم استحققت : أن وطأها حلال [له]^(١٠) لا يسقط إحصائه ؛ لأنه وطئها وعنده أنها ملكه ، فاعتبر ما عنده . وعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : الوطء حرام ، إلا أنه لا إثم عليه^(١١) .

وإذا شك في حال المدفوع إليه فدفع إليه من غير تحري ، إن ظهر أنه غني ، أو وقع في أكثر رأيه أنه غني ، أو لم يعلم بشيء لا يجوز . وإن ظهر أنه فقير يجوز . وإن وقع في

(١) في (ج) « المختلفة » .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) و (ب) ، و (د) ، « طاهر » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٣) الأصل (٨ / ٣) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « اللفظ » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، وفي (ج) : « أنه » ، والتصويب يقتضيه السياق .

(٦) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٧) في (د) « لم يعاقب » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ج) « فوطئها » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) الفتاوى الهندية (٥ / ٣٨٣) .

أكبر^(١) رأيه بعد ذلك أنه فقير ؟ ، اختلف المشايخ فيه ، أكثرهم على أنه لا يجوز . وأما إذا^(٢) اشتبه عليه حالة المدفوع إليه ، وتحرى ، ووقع في أكبر^(٣) رأيه أنه غني ، ودفع^(٤) إليه مع ذلك فلا^(٥) يجزئه ما لم يعلم فقره . وإذا علم أنه فقير ، اختلف المشايخ فيه على ثلاثة أقاويل : بعضهم قالوا : يجوز إجماعاً ، وبعضهم قالوا : لا يجوز إجماعاً ، وبعضهم قالوا : عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يجوز ، وعند أبي يوسف [٥ / ١٩٠ هـ] - رحمه الله - يجوز ، على عكس ما ذكرنا من الاختلاف . قال شمس الأئمة السرخسي : والأصح هو الجواز^(٦) .

ثم في المسألة المختلف^(٧) فيها^(٨) بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف - رحمهم الله - لو ظهر أن المدفوع إليه أب الدافع أو ابنه كان على الخلاف في ظاهر الرواية . وذكر أبو^(٩) شجاع عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يجوز .

ولو ظهر أن المدفوع إليه هاشمي كان على الخلاف في ظاهر الرواية^(١٠) ، [وإن ظهر أن المدفوع إليه ذمي كان على هذا الخلاف في ظاهر الرواية]^(١١) . وذكر أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يجزئه^(١٢) ^(١٣) .

(١) في (ج) « أكثر » .

(٢) سقط من (د) .

(٣) في (ج) « أكثر » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « فدفع » .

(٥) في (ج) « لا يجزئه » .

(٦) الأصل (٨ / ٣) ، والمبسوط (١٠ / ١٨٧) .

(٧) في (ب) ، و (ج) ، « المختلفة » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ج) « أن » .

(١٠) في (ج) بعد هذه العبارة : « وذكر في جامع البرامكة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه

لايجوز » أ. هـ . والذي يظهر أنه مشطوب على العبارة .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من « ب » .

(١٢) في (ج) « لايجوز » .

وإن ظهر أنه حربي مستأمن، ذكر في نوادر الزكاة: أنه على هذا الاختلاف^(١).
 [وذكر في جامع البرامكة (عن أبي يوسف)^(٢) عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا يجوز^(٣)] ^(٤). وإن ظهر أنه حربي غير مستأمن لا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله - باتفاق الروايات . وإن ظهر أنه عبده لا يجزئه إجماعاً . وإن ظهر أنه مكاتبه ؛ فعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان^(٥) ، [والله أعلم بالصواب]^(٦) .

(١٣) الأصل (٨/٣) ، والمبسوط (١٨٨/١٠) .

(١) في (ج) « الخلاف » .

(٢) مابين القوسين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) في (د) « لا يجزئه » .

(٤) مابين المعقوفين تكرر في (أ) .

(٥) الأصل (١٠/٣ ، ١١/٣) ، والمبسوط (١٨٩/١٠ - ١٩٠) .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) « والله أعلم » .

الفصل الثالث

في التحري في الثياب والمساليخ^(١) والأواني

إذا كان مع الرجل ثوبان أو ثياب ، والبعض نجس والبعض طاهر ؛ فإن أمكن التمييز^(٢) بالعلامة تُمَيِّزُ ، وإن تعذر التمييز^(٣) بالعلامة ؛ إن كانت الحالة حالة الاضطرار ؛ بأن لا يجد ثوباً طاهراً يبقين فاحتاج^(٤) [٢ / ٤١٨ / ١] إلى الصلاة وليس معه ما يغسل به أحد الثوبين ، أو أحد الأثواب ، يتحرى ، وإن كانت الحالة حالة الاختيار ؛ [إن كانت الغلبة للطاهر^(٥)] يتحرى ، وإن كانت الغلبة للنجس ، أو كانا على السواء لا يتحرى . ثم في حالة الاضطرار^(٦) . إذا وقع تحريه في الثوبين على أحدهما أنه طاهر فصلى فيه الظهر ، ثم وقع أكثر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر فصلى فيه العصر ، لم يُجْزِهِ العصر ، [فإن لم يحضره تحريه^(٧) أو لم يعلم أن في أحدهما نجاسة حتى صلى في أحدهما الظهر وفي الآخر العصر^(٨)] ثم نظر فإذا في أحدهما قدر ولا يدري [أهو^(٩) الأول أو الآخر فصلاة الظهر جائزة ، وصلاة العصر فاسدة^(١٠)] .

وفي النواذر : إذا كان أحد الثوبين نجساً ، فصلى في أحدهما الظهر من غير تحري ،

(١) المساليخ هي : جمع مسلاخ ، وهو الجلد .

لسان العرب (٢٥ / ٣) ، والقاموس المحيط ص (٣٢٣) ، والمعجم الوسيط (١ / ٤٤٢) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « التمييز » .

(٣) في (ج) « التمييز » .

(٤) في (ج) ، و (د) « واحتاج » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (ج) تكررت الجملة .

(٧) سقط من (ب) ، وفي (ج) « تحرى » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « هو » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(١٠) الأصل (٢٣ / ٣) ، المبسوط (١٠ / ٢٠٠) .

وصلى في الآخر العصر، ثم وقع تحريمه على أن الأول طاهر ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : هذا لم يصل شيئاً . وقال أبو يوسف : صلاة الظهر جائزة^(١) .

وأما الثوب الواحد إذا أصاب طرفاً منه نجاسة مانعة جواز الصلاة وهي غير مرئية ، هل يجوز [له]^(٢) أن يتحرى طرفاً منه فيغسله ؟ ، بعض المتأخرين من مشايخنا جوزوا ذلك ، وبعضهم قالوا : إذا غسل طرفاً منه من غير تحري ، وصلّى [فيه]^(٣) ، لا يحكم بفساد صلاته ، وما قاله^(٤) المشايخ خلاف ما ذكره هشام في نوادره عن محمد فقد ذكر ثمة : أنه لا يجوز التحري في ثوب واحد^(٥) .

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي^(٦) : ونظير هذه المسألة مسألة أخرى لا يحفظ^(٧) جوابها ، أن الخنطة التي تداس بالحر فقبول وتروث^(٨) وتصيب بعض الخنطة^(٩) ، ويختلط [ما]^(١٠) أصيب منها بغيرها ، فلو^(١١) عزل بعضها ، وغسل ، ثم خلط الكل أبيع أكلها ،

(١) الأصل (٢٤/٣) ، والمبسوط (٢٠٠/١٠) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ)، و(ب) و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ)، و(ب) و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٤) في (ج) غير واضحة وكأنها : « وما قلنا » .

(٥) الفتاوى الهندية (٤٣/١) .

(٦) هو : الحسين بن الخضربن محمد ، الفقيه ، القاضي ، الإمام ، من أصحاب أبي بكر محمد بن الفضل ، اجتمع به ببخارى ، وهو أستاذ شمس الأئمة الحلواني . من تصانيفه : الفوائد ، والفتاوى ، توفي سنة أربع وعشرين وأربعمائة .

اللباب في تهذيب الأنساب (٤٣٣/٢) ، والجواهر المضية (١٠٩/٢) رقم ٥٠٠ ، والطبقات برقم ٧٥٤ ، وكشف الظنون (٢٥٤/٥) ، والفوائد البهية ص (٦٦) .

(٧) في (ب) « لا يحفظه » .

(٨) في (ج) « فيبول ويروث » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ)، و(ب) « بما » ، والتصويب من (ج)، و(د) .

(١١) في (ج) « قالوا لو » .

وكذلك لو عزل بعضها ووجهه من إنسان أو باعه منه أو تصدق به [عليه]^(١) حلّ له تناول البقية ، ويباح للموهوب له والمشتري والمتصدق عليه تناولها أيضاً^(٢) .

ونظير هذه المسألة في النوادر : رجلان في السفر ، ومعهما ثوبان أحدهما طاهر والآخر نجس فصلّى أحدهما [في ثوب بالتحري، وصلى الآخر في [الثوب الآخر]^(٣) بالتحري، يجوز صلاة كل واحد منهما ، ولو أم أحدهما ،^(٤) واقتدى به الآخر فصلاة الإمام جائزة دون صلاة المقتدي^(٥) .

ونظيره^(٦) مسألة أخرى : رجلان تلاعبا فسال من أحدهما قطرة دم^(٧) ، وجحد كل واحد منهما أن ذلك منه فصلّى كل واحد منهما منفرداً جازت صلاته ، ولو اقتدى أحدهما بالآخر لا يجوز صلاة المقتدي^(٨) .

ومن هذا الجنس مسألة أخرى : ثلاثة^(٩) تلاعبوا فسال من أحدهم قطرة [من دم]^(١٠) أو فسا^(١١) أحدهم ، أو شرط ، ثم جحدوا^(١٢) جميعاً ، ثم أم أحدهم في الظهر ، والثاني في العصر ، والثالث في المغرب ، فصلاة الظهر جائزة للكل ، [ولا تجوز صلاة العصر لإمام المغرب]^(١٣) ولا تجوز صلاة المغرب لإمام الظهر والعصر ، رواية واحدة ، وفي إمام المغرب

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) الفتاوى الهندية (٤٥/١) .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) ، و(ب) ، و(د) « ثوب آخر » ، والتصويب من (ج) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٥) الفتاوى الهندية (٣٨٤/٥) .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) « ونظير » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (د) « قطرة من دم » .

(٨) الفتاوى الهندية (٣٨٤/٥) .

(٩) في (ب) « مسألة أخرى ثلاثة : ثلاثة نفر » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ج) « قطرة دم » ، والتصويب من (ب) ، و(د) .

(١١) في (ب) « فساد » .

(١٢) في (ج) « تجاحدوا » .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

روايتان . قال ^(١) أبو القاسم الصفار : تجوز الصلاة كلها ^(٢) .

[إذا تحرى في الثياب ووقع تحريمه على أحدهما أنه طاهر وصلى فيه ثم تبين أنه أخطأ تلزمه الإعادة بخلاف أمر القبلة] ^(٣) .

إذا كان في السفر ومعه أواني بعضها [٥ / ١٩١ هـ] نجسة وبعضها طاهر [٣ / ٢٤٩ د] ؛ إن كانت الغلبة للطاهرة ^(٤) يجوز التحريم حالة الاختيار ، وحالة الاضطرار للشرب والوضوء جميعاً ، وإن كانت الغلبة للنجسة ^(٥) ، أو كانتا ^(٦) سواء إن كانت الحالة حالة الاختيار لا يتحرى لا للشرب ولا للوضوء ، وإن كانت الحالة حالة الاضطرار لا يتحرى ^(٧) للشرب بالإجماع ، ولا يتحرى للوضوء عندنا ولكنه يتييم . فإن توضأ بالماء ، إن مسح موضعاً واحداً في المرتين لا يجزئه وإن مسح موضعين يجزئه ^(٨) .

وهنا مسألة أخرى لا ذكر لها في المبسوط : إن اختلط ^(٩) إناءه بأواني أصحابه في السفر وهم غيب ، قال بعضهم : يتحرى ويأخذ آنيته ، ويتوضأ به ؛ بمنزلة طعام مشترك بين جماعة ، غاب أصحابه واحتاج [الحاضر إلى نصيبه رفع قدر نصيبه وكذا ^(١٠) رغيته إذا اختلط بأرغفة صاحبه ، قال بعضهم : يتحرى] ^(١١) وقال بعضهم : [لا يتحرى] ^(١٢) في الأواني والأرغفة ، ولكن يترص حتى يجئ أصحابه ، وهذا كله في حالة الاختيار ، فأما

(١) في (ب) ، و (ج) « وقال » .

(٢) الفتاوى الهندية (٣٨٤ / ٥) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) « للطاهر » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ج) « للمتنجس » .

(٦) في (ج) « أو كانا » .

(٧) في (ج) « أن يتحرى » .

(٨) الأصل (٢٦ / ٣) ، والمبسوط (٢٠١ / ١٠) .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « اختلف » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) ، و (د) « وكذلك » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

في حالة الاضطرار] جاز^(١) التحريم في الأحوال كلها .

إذا كان للرجل^(٢) [مساليخ]^(٣) ، بعضها ذبيحة وبعضها ميتة ، إن أمكن التمييز بالعلامة تميز^(٤) في الوجوه كلها ، ويباح تناول . وإن تعذر التمييز بالعلامة ، فإن كانت الحالة حالة اضطرار^(٥) ، ويعني به : أن لا يجد ذكية بيقين ، واضطر إلى الأكل^(٦) ، يتناول بالتحريم على كل حال ، وإن كانت الحالة حالة الاختيار ؛ فإن كانت الغلبة للحرام ، أو كانوا^(٧) سواء لم يجز تناول بالتحريم ، وإن كانت الغلبة للحلال ، يجوز تناول^(٨) بالتحريم^(٩) .

[وليس هذه كالمطلقة ثلاثاً إذا اختلطت بغيرها من الإماء والغلبة للحلال فإن هناك لا يطاق واحدة منهن بالتحريم ، ولومتن إلا واحدة لا يطاقها]^(١٠) [٢ / ٥٦٢ / ج] .
والزيت إن اختلط به ودك الميتة ، إن كان الغلبة للحرام ، أو كانوا على السواء ، لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه . وإن كانت الغلبة للزيت لا يحل الأكل ، ويحل ما عدا ذلك^(١١) من الاستصباح^(١٢) ودبغ الجلد [به]^(١٣) والبيع ؛ بشرط أن لا يستر

(١) مابين المعقوفين في (أ) ، و(ب) ، و(د) « فجاز » ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ج) « للرجال » .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « مساليخ كلها » وسقطت كلمة « كلها » من (ب) ، و(ج) و(د) فلم أثبتها لذلك ، ولعدم مناسبتها للسياق .

(٤) في (أ) « يخير » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) « فإن كانت الحالة الاضطرار » ، وفي (ج) « الحالة حالة الاضطرار » .

(٦) في (ب) « فاضطر إلى الأكل » .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) و(د) « كانوا » والتصويب من (ب) و(ج) .

(٨) في (ج) « للحلال يتناول بالتحريم » .

(٩) الأصل (٣ / ١٨) ، والميسوط (١٠ / ١٩٦ - ١٩٧) .

عَبَّيْهِ (١) (٢) .

إذا اجتمع موتى المسلمين وموتى الكفار ، فإن أمكن التمييز بالعلامة ، [٣٦ / ٢ / ب] [تميز ، وإن تعذر (٣) التمييز بالعلامة] (٤) فإن (٥) كانت الغلبة للمسلمين يغسلون ويكفنون ويدفنون في مقابر المسلمين [ويصلى عليهم وينوى بالصلاة الدعاء للمسلمين] (٦) ، وإن كانت الغلبة للكفار لم يصلّ عليهم ، ويغسلون ويكفنون ويدفنون في مقابر المشركين . [وإن كان (٧) سواء فكذلك الجواب لا يصلى عليهم ويدفنون في مقابر المشركين] (٨) قال (٩) أبو يوسف : يدفنون في مقابر المسلمين ، وقال الفقيه أبو جعفر : يتخذ لهم مقبرة على حدة (١٠) ، [والله - تعالى - أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب (١١)] [١ / ٤١٩ / ٢] .

(١) في (ج) « أن يبين عبَّيه » .

(٢) الأصل (١٩ / ٣) ، والمبسوط (١٠ / ١٩٧ - ١٩٨) .

(٣) في (د) « وإن كان تعذر » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) ، و (ج) « إن » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٧) في (ب) ، و (د) : « كانا » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) ، و (ج) « قبل عند » . وفي (د) « قبل عن » .

(١٠) الأصل (٢١ / ٣) ، والمبسوط (١٠ / ١٩٨) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، و (د) ، وفي (ب) « والله أعلم » .

الفصل الرابع في المتفرقات^(١)

[رجل أم قوماً في ليلة مظلمة فتحرى القبلة فصلى إلى المشرق، وتحرى من خلفه وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى دبر القبلة، وكلهم خلف الإمام لا يعلمون ماصنع الإمام أجزأهم، وهذا إذا كان عند كل واحد منهم أن وجه الإمام إلى هذا الجانب الذي إليه وجهه، ولم يتقدم على الإمام، أما إذا كان عند واحد منهم أن وجه الإمام إلى جهة أخرى، أو هو تقدم على إمامه لانتجوز صلاته، أما إذا كان عنده أنه تقدم على إمامه فظاهر، وأما إذا كان عنده أن وجه إمامهم إلى جانب آخر فلأنه زعم فساد صلاة إمامه لما أنه زعم أنه ترك القبلة، وهذا بخلاف ماوصلوا في جوف الكعبة فإنه تجوز صلاة الكل من كان وجهه إلى الجانب الذي إمامه إليه، ومن كان وجهه إلى جانب آخر؛ لأن هناك أحد لم يزعم فساد صلاة الإمام لما أنه ترك القبلة؛ لأن كل جهة حق بيقين، أما ههنا الجهات كلها ليست بحق بيقين بل الحق جهة واحدة ولهذا أمر بالتحري، ولو كانت كل جهة حقاً لما احتيج إلى التحري، إنما الحق عند كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده، وماعند صاحبه خطأ^(٢). وكثير من مسائل التحري ذكرناها في أول كتاب الاستحسان فلانعيده^(٣).

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: ولا يخرج الرجل إلى الجهاد، وله أم وأب إلا بإذنه، إلا من النفي العام، وهذا استحسان، وإن كان أبواه كافرين، أو أحدهما، وكرها له ذلك، أو كره الكافر فليتحر في ذلك فإن وقع تحريره على أنه إنما كره لما يلحقه من المشقة؛ لأجل ما يخاف عليه من القتل فإنه لا يخرج من غير إذنهما، وإن وقع تحريره على أنه إنما كرهه كراهة أن يقاتل مع أهل دينه وملته يخرج بغير إذنهما، وإن لم يقع تحريره على شيء؛ بل شك في ذلك - ومعناه استواء الظنين - لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا

(١) هذا الفصل بكامله سقط من (أ)، و(ب)، و(د)، وهو موجود في (ج)، و(هـ). ولذا أثبتته .

(٢) الأصل (٤٠٤/١)، والمبسوط (٧٩/٢)، و(١٠/١٩١) .

(٣) مابين المعقوفين مر في الفصل الأول ص (٤٩٨) .

الفصل الرابع في المتفرقات^(١)

[رجل أمّ قوماً في ليلة مظلمة فتحرى القبلة فصلّى إلى المشرق، وتحرّى من خلفه وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى دبر القبلة، وكلهم خلف الإمام لا يعلمون ماصنع الإمام أجزأهم، وهذا إذا كان عند كل واحد منهم أن وجه الإمام إلى هذا الجانب الذي إليه وجهه، ولم يتقدم على الإمام، أما إذا كان عند واحد منهم أن وجه الإمام إلى جهة أخرى، أو هو تقدم على إمامه لاتباع صلاته، أما إذا كان عنده أنه تقدّم على إمامه فظاهر، وأما إذا كان عنده أن وجه إمامهم إلى جانب آخر فلائنه زعم فساد صلاة إمامه لما أنه زعم أنه ترك القبلة، وهذا بخلاف ماوصلوا في جوف الكعبة فإنه تجوز صلاة الكل من كان وجهه إلى الجانب الذي إمامه إليه، ومن كان وجهه إلى جانب آخر؛ لأن هناك أحد لم يزعم فساد صلاة الإمام لما أنه ترك القبلة؛ لأن كل جهة حقّ بيقين، أما ههنا الجهات كلها ليست بحق بيقين بل الحق جهة واحدة ولهذا أمر بالتحري، ولو كانت كل جهة حقاً لما احتيج إلى التحري، إنما الحق عند كل مجتهد ما أدّى إليه اجتهاده، وما عند صاحبه خطأ^(٢). وكثير من مسائل التحري ذكرناها في أول كتاب الاستحسان فلانعيده^(٣)].

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: ولا يخرج الرجل إلى الجهاد، وله أم وأب إلا بإذنه، إلا من النفي العام، وهذا استحسان، وإن كان أبواه كافرين، أو أحدهما، وكرها له ذلك، أو كره الكافر فليتحرّ في ذلك فإن وقع تحريره على أنه إنما كره لما يلحقه من المشقة؛ لأجل ما يخاف عليه من القتل فإنه لا يخرج من غير إذنهما، وإن وقع تحريره على أنه إنما كرهه كراهة أن يقاتل مع أهل دينه وملته يخرج بغير إذنهما، وإن لم يقع تحريره على شيء؛ بل شكّ في ذلك - ومعناه استواء الظنين - لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا

(١) هذا الفصل بكامله سقط من (أ)، و(ب)، و(د)، وهو موجود في (ج)، و(هـ). ولذا أثبتته .

(٢) الأصل (٤٠٤/١)، والمبسوط (٧٩/٢)، و(١٩١/١٠).

(٣) مابين المعقوفين مرّ في الفصل الأول ص (٤٩٨).

الفصل في الكتاب ، قالوا : وينبغي أن لا يخرج ؛ لأن طاعة الوالدين على الولد واجب بيقين وقع الشك في سقوطها فلا يسقط بالشك ، واستدلوا بما ذكر محمد - رحمه الله - في السير ، باب طاعة الوالي - أن الإمام إذا أمر الجند بشيء وشكوا أنهم ينتفعون به أو يتضررون ، وتساءلوا الظن أن عليهم أن يطيعوا الأمير ؛ لأن طاعة الأمير واجب بيقين وقع الشك في سقوطه ، فلا يسقط بالشك^(١) .

وفي مجموع النوازل : إذا اشتبهت عليه القبلة في مفازة ووقع تحريه على جهة فأخبره عدلان أن القبلة إلى جهة أخرى ، فإن كان مسافرين لا يلتفت إلى قولهما ؛ لأنهما يقولان عن اجتهاد ، ولا يجوز للمجتهد ترك اجتهاد باجتهاد غيره أما إذا كانا من أهل ذلك الموضع لا يجوز له إلا أن يأخذ بقولهما ؛ لأن خبرهما فوق اجتهاده^(٢) .

وفيه أيضاً : رجل صلى في مفازة بالتحري ، فاقتدى رجل به ولم يتحرر المقتدي ، ثم ظهر أن الإمام أصاب القبلة جازت صلاتهما ، وإن ظهر أنه أخطأ لم تجز صلاة المقتدي ، وجازت صلاة الإمام ؛ لأن تحري الإمام لا يصير تحرياً للمقتدي ، فصار المقتدي مصلياً بغير تحري عند اشتباه القبلة فلا يجوز^(٣) .

وفيه أيضاً : قوم صلوا في مفازة بالتحري ، وفيهم مسبوق ولاحق ، فلما فرغ الإمام من الصلاة قاما يتضيان ، فظهر الخطأ في القبلة أمكن للمسبوق إصلاح صلاته دون اللاحق ؛ لأن المسبوق فيما يقضي كالمنفرد ، وللمنفرد أن ينتقل إلى ما تحول رأيه إليه بخلاف اللاحق ؛ لأنه في الحكم كأنه خلف الإمام ، فليس له أن يخالف الإمام في الجهة . رجلا نخرجا إلى المفازة ، فجاء أوان الصلاة فتحررا ووقع تحري كل واحد إلى جهة غير جهة صاحبه فافتتح كل واحد منهما الصلاة منفرداً بالتحري ، ثم بدا لأحدهما في وسط الصلاة ، أن يتحول إلى جهة صاحبه ، فتحول واقتدى به ، فإن استهل^(٤) بالتكبير جاز

(١) شرح السير الكبير للسرخسي (١/١٦٦) ، و(١/١٨٢) .

(٢) رد المحتار على الدر المختار (٢/١١٣) ، والفتاوى الهندية (١/٦٤) .

(٣) الفتاوى الهندية (١/٦٤) .

(٤) في (هـ) « استقبل » .

وما لا فلا^(١).

في متفرقات شمس الأئمة الحلواني : الأعمى إذا صلى ركعة إلى غير القبلة فجاء رجل ، وسواه وأقامه إلى القبلة ، واقتدى به ، إن وجد الأعمى وقت الافتتاح من يسأل عنه لا تجوز صلاة الإمام ، ولا صلاة المقتدي ، وإن لم يجد من يسأل تجوز صلاة الإمام ؛ لأنه معذور ، ولا تجوز صلاة المقتدي ؛ لأن في زعمه أن أول صلاة الإمام إلى غير القبلة^(٢) ، والله أعلم . تم كتاب التحري من المحيط البرهاني بحمد الله تعالى .

—

(١) فتح القدير (٢٧٢/١) ، والفتاوى الهندية (٦٥/١) .

(٢) رد المحتار على الدر المختار (١١٧/٢) ، والفتاوى الهندية (٦٥/١) .

كتاب اللقيط^(١)

هذا الكتاب يشتمل على خمسة^(٢) فصول :

[الفصل الأول^(٣) : في بيان حاله وصفته وما يستحب فيه أو يفترض .

الفصل الثاني^(٤) : في بيان أحكامه .

الفصل الثالث^(٥) : في بيان من يلي عليه .

الفصل الرابع^(٦) : في دعوى نسب^(٧) اللقيط .

الفصل الخامس^(٨) : في تصرفات اللقيط بعد البلوغ^(٩) .

(١) اللقيط لغة: من لَقِطْتُ الشيءَ لَقُطاً من باب قتل: أَخَذْتُهُ، وأصله: الأخذ من حيث لا يُحَسُّ فهو

لقيط: فاعيل بمعنى مفعول، وقد غلب اللقيط على المولود المنبوذ .

المصباح المنير (٥٥٧/٢)، ولسان العرب (٣٩٢/٧)، والقاموس المحيط ص (٨٨٧) .

واصطلاحاً: هو اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الرِّبَّة .

المبسوط (٢٠٩/١٠)، وطلبة الطلبة (١٨٩)، والمغرب (٢٤٧/٢)، وأنيس الفقهاء (١٨٨)،

ورد المختار (٤٢٣/٦) .

(٢) في (ج) « خمس » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ب) « بسبب » .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الفصل الأول

في بيان حاله وصفته وما يستحب فيه أو يفترض^(١).

المذهب لعلمائنا في اللقيط أنه [حرّ إمّا]^(٢) باعتبار الدار؛ لأن الدار دار [أحرار]^(٣)، [أو باعتبار]^(٤) الأصل، فإن الأصل في [الآدمي]^(٥) الحرية .
والعبرة في حق الدين على رواية كتاب^(٦) اللقيط من الأصل للمكان لا للواجد، حتى لو وجد [في مكان المسلمين يحكم بإسلامه سواء كان الواجد كافراً أو مسلماً . ولو وجد]^(٧) في مكان الكافرين يحكم بكفره سواء كان الواجد مسلماً أو كافراً .
وعلى رواية^(٨) كتاب الدعوى من الأصل : العبرة للواجد ، وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من الأصل وكتاب العتاق : والعبرة لما يوجب الإسلام أيهما^(٩) كان^(١٠) .
وفي المنتقى : يُعتبر الزّيّ، حتى إذا كان^(١١) عليه زي [أهل]^(١٢) الشرك يحكم بكفره ، ومرة يعتبر دين الواجد، ويقول : الملتقط إذا كان ذمياً ، وزّي اللقيط مشكل ، قادهاه

(١) في (ج) « وما يفترض فيه » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « حرام » ، وفي (ب) « حرّاً » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ)

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « إحرّام » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « وباعتبار » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) « آدمي » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٨) في (ج) ، و (د) « وعلى بعض رواية » .

(٩) في (ب) « إنها » .

(١٠) مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، والمبسوط (٢٠٩/١٠) وتحفة الفقهاء (٣٥٢/٣) ، وبدائع

الصنائع (١٩٧/٦) .

(١١) في (ب) ، و (د) « حتى إنه إذا كان » .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

نصراني فهو ابنه وهو^(١) على دينه ، ولا ينظر في ذلك [إلى]^(٢) الموضوع الذي وجد فيه
إن كان مسجداً أو غيره^(٣) .

ورفعه أفضل من تركه لما فيه من ترك الرحم على الصغير، وقد قال - عليه السلام -
« من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا »^(٤) قالوا: هذا^(٥) إذا كان لا يخاف
عليه لامحالة ، [أما إذا كان يخاف عليه]^(٦) بأن وجدته واقعا في الماء أو بين يدي سبّع
يفترض عليه الأخذ^(٧) .

(١) في (ج) وهم .

(٢) مابين المعقوفين في (ب) ، و (ج) ، و سقط من (أ) ، و (د) .

(٣) المبسوط (٢١٥ / ١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٤ / ٣) ، وبدائع الصنائع (١٩٨ / ٦) .

(٤) أخرجه أبو داود في الأدب ، باب ٦٦ - في الرحمة (٢٣٣ / ٥) الحديث رقم ٤٩٤٣ ، بلفظ : « من
لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا » .

والترمذي في البر والصلة ، باب ١٥ - في رحمة الصبيان (٢٨٣ / ٤) الحديث رقم ١٩١٩ ، بلفظ :
« ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا » . وقال : حديث غريب ، وزري (الراوي) له
أحاديث منكبر عن أنس بن مالك وغيره . وقال الشيخ الألباني : « لكن الحديث صحيح » .
الأحاديث الصحيحة (٢٣٠ / ٥) الحديث رقم ٢١٩٦ .

وأخرجه الإمام أحمد في المسند (٢٥٧ / ١ ، ١٨٥ / ٢ ، ٢٠٧) بالفاظ مختلفة .

وابن أبي شيبة في المصنف (٩٣ / ٦) كتاب الأدب ، (٤) ما ذكر في الرحمة من الثواب ، الحديث
رقم ٥ .

والحاكم في المستدرک (١٩٧ / ٤) كتاب البر والصلة ، الحديث رقم ٧٣٥٣ / ١١٤ ، وقال :
« حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه » ووافقه الذهبي .

كما صححه الشيخ الألباني في صحيح الترغيب والترهيب (١١٦ / ١) الحديث رقم ٩٤ .

وأخرجه الديلمي في الفردوس (٤١٤ / ٣) الحديث رقم ٥٢٦٥ من حديث جابر بن عبد الله .

والهيثمي في مجمع الزوائد (١٤ / ٨) وقال : رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه مبارك بن فضالة ،
وثقه العجلي وغيره ، ولكنه مدلس ، وفيه ضعف ، وسهل بن تمام ثقة يخطئ .

(٥) في (ب) ، و (ج) « وهذا » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) المبسوط (٢٠٩ / ١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٢ / ٣) ، وبدائع الصنائع (١٩٨ / ٦) .

إذا^(١) جاء الملتقط باللقيط إلى القاضي ، فطلب من القاضي أن يأخذه منه فللقاضي أن لا يصدق في ذلك بدون بينة يقيمها على أنه لقيط ؛ لأنه متهم فلعل هو ولده أو بعض من يلزمه نفقته واحتال بهذه الحيلة ليدفع النفقة عن نفسه . وإذا أقام البينة على ذلك ، فالقاضي يقبل بينته^(٢) من غير خصم حاضر ، إما لأن هذه بينة قامت لينكشف الحال ، أو لأنها غير ملزمة^(٣) فالخصم^(٤) في مثل هذا ليس بشرط . وإذا قبل القاضي بينته إن شاء قبض اللقيط منه ، وإن شاء لم يقبضه منه^(٥) ، ولكنه يولي ما تولى ويقول له^(٦) : قد التزمت^(٧) حفظه فأنت وما التزمت^(٨) ، وليس لك أن تلزمني^(٩) ما لم ألزمه . هذا^(١٠) إذا لم يعلم القاضي عجزه عن حفظه والإنفاق عليه ، وأما^(١١) إذا علم فالأولى أن يأخذه^(١٢) منه نظراً للقيط .

وإذا أخذ^(١٣) منه يضعه على يدي رجل [عدل]^(١٤) ليحفظه ؛ فإن جاء الأول بعد ذلك ، وسأل من القاضي أن يردده عليه ، فالقاضي بالخيار : إن شاء رده عليه وإن شاء لم

(١) في (ب) ، و (ج) « وإذا » .

(٢) في (ج) « يقبل منه » .

(٣) في (ج) « ملزم » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « والخصم » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « ألزمت » .

(٨) في (ج) « ألزمت » .

(٩) في (ب) « وليس كذلك أن يلزمن » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « وهذا » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « فاما » .

(١٢) في (ب) و (ج) « يأخذ » .

(١٣) في (ب) « أخذه » .

(١٤) مابين المعنوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

يرده^(١) . وهذه بخلاف مالو التلقط لقيطاً ، فجاء به آخر^(٢) وانتزعه من يده ، ثم اختصما ، فالقاضي يدفعه إلى الأول ، لأنه^(٣) في الفصل الأول الملتقط أسقط يده باختياره ، وصار حاله كحال غيره من الناس في طلب الرد ، ولا كذلك في^(٤) الفصل الثاني^(٥) .

وإذا وَجَدَ العبدُ لقيطاً ، ولم يعرف ذلك إلا بقوله ، وقال المولى : كذبت ؛ بل هو عبدي . فالقول قول المولى إن كان العبد محجوراً ، وإن كان مأذوناً فالقول قول العبد ؛ لأن العبد بقوله : هذا اللقيط في يدي . مخبر بسقوط حق مولاه [عنه]^(٦) ؛ لأنه حر^(٧) ، والمحجور لا قول له في إسقاط حق المولى عما في يده [ألا ترى أنه لو أقر على نفسه بدين لا يسقط به حق المولى عما في يده]^(٨) بخلاف المأذون^(٩) انتهى^(١٠) .

(١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « لم يرد » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « فجاء آخر » .

(٣) في (ج) « لأن » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) المبسوط (٢١٢/١٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٦/٣) .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) « جزء » ، وفي (ج) « حرف » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٩) المبسوط (٢١٨/١٠) ، وبدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٩/٣) .

(١٠) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

الفصل الثاني في بيان أحكامه .

شهادة اللقيط بعد ما أدرك جائزة إذا كان عدلا ، وحكم جنائته والجنابة عليه كحكم غيره من [الأحرار]^(١) ؛ لأننا حكمنا بحريته باعتبار الظاهر ، ويحد قاذفه في نفسه ، ولا يحد قاذفه في أمه ؛ لأن أمه^(٢) في صورة الزانيات ؛ لأن لها ولدا لا يعرف له والد ولا كذلك نفسه ، وميراثه للمسلمين ، وعقله ونفقتة في بيت مال المسلمين^(٣) . وإذا وجد مع اللقيط مال فذلك المال له لسبق يده إليه ، ونفقتة في ذلك المال^(٤) يأمر^(٥) القاضي الملتقط أن ينفق عليه منه ، وقيل : ينفق بغير^(٦) أمره أيضا ، وهو مصدق في نفقة مثله .

وكذلك إذا وجد على الدابة^(٧) فالدابة له . وعن محمد في النوادر : أن اللقيط إن كان بحال [يستمسك]^(٨) ، [على الدابة ولا يشد عليها فالدابة له]^(٩) وإن كان بحال^(١٠) لا يستمسك [على]^(١١) الدابة [ويشد]^(١٢) عليها فالدابة^(١٣) لا تكون له^(١٤) .

(١) مابين المعقوفين في (أ) « الإحرام » . ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (د) « الأم » .

(٣) الميسوط (٢١١ / ١٠) ، و (٢١٩ / ١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٣ / ٣) ، وبدائع الصنائع (١٩٨ / ٦) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ب) ، و (ج) « بأمر » .

(٦) في (ج) « بعد » .

(٧) في (ب) « ذاته » ، وفي (ج) « دابة » .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) و (د) « يستمسكه » وفي (ب) « يتمسك » ، والتصويب من (ج) .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « ولا يشد » ، والتصويب من (ج) .

الفصل الثالث

في بيان من يلي عليه .

الولاية على اللقيط للإمام . قال - عليه السلام - : « السلطان ولي من لا ولي له »^(١) ، ولا يجوز للمتلقط عليه عقد النكاح^(٢) ، ولا عقد البيع والشراء^(٣) ؛ لأن نفوذ هذه^(٤) التصرفات يعتمد الولاية ، ولا ولاية له للمتلقط على اللقيط ؛ إنما له حق الحفظ والتربية لكونه منفعة محضة في حق اللقيط ، وبهذا السبب لا تثبت الولاية^(٥) .
فإن^(٦) وجد مع اللقيط مال أمر^(٧) القاضي [الملتقط]^(٨) أن ينفق عليه^(٩) من

(١٣) في (ج) « والدابة » .

(١٤) المبسوط (٢١٦/١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٢/٣) ، وبدائع الصنائع (١٩٨/٦)

(١) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب ٢٠ - في الولي (٥٦٨/٢) الحديث رقم ٢٠٨٣ ، بسنده عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل » ثلاث مرات . « فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

والترمذي في النكاح ، باب ١٥ (٦٠٥/١) الحديث رقم ١٨٧٩ .

والحاكم في المستدرک (١٨٢/٢) كتاب النكاح ، وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . وقال الحافظ ابن حجر في (الفتح : ٩٨/٩) : لما لم يكن هذا الحديث على شرط البخاري استنبطه من قصة الواهبة ، وقال في ترجمة الباب : « السلطان ولي » .

وأخرجه الديلمي في الفردوس (٣٥١/١) الحديث رقم ١٤١٠ .

وابن أبي شعبة في المصنف (٢٧٢/٣) كتاب النكاح ، باب ٢ ، الحديث رقم ١ .

وصحح الحديث العلامة الألباني في صحيح سنن أبي داود (٣٩٣/٢) .

(٢) في (ج) « نكاح » .

(٣) في (ج) « ولا عقد بيع ولا شراء » .

(٤) في (ب) « لأن يعود هذه » وفي (ج) « لأن هذه » .

(٥) الجامع الصغير ص (٣٩٦) ، والمبسوط (٢١٣/١٠) ، و (٢١٩/١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣/

٣٥٢) ، وبدائع الصنائع (١٩٩/٦) .

(٦) في (ج) « وإن » .

ذلك المال ، فما اشترى له من طعام أو كسوة ، فذلك جائز ؛ لأن [٢ / ٤٢٠ / ١] القاضي لما أمره أن ينفق عليه من ذلك المال ، فقد أمره بأن يشتري له ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة^(١) . والقاضي يملك ذلك بنفسه ، فيملكه^(٢) الملتقط أيضا بأمره^(٣) .

وإذا قُتِلَ الملتقط^(٤) خطأ يجب الدية ، على عاقلة القاتل ، ويكون لبيت المسلمين^(٥) ، وإن قُتِلَ عمدا فصالح الإمام القاتل على الدية جاز ، ولو عفا عن القاتل لا يجوز . ولو أراد أن يقتل القاتل فله ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ومحمد - رحمه الله خلافا لأبي يوسف ، وإنما كان له إستيفاء القصاص في قولهما ؛ لأن القصاص في الأصل شرع لحكمة الحيوان^(٦) على ما قال الله تعالى ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾^(٧) ، وذلك بطريق الزجر ، حتى إذا تفكر الرجل في نفسه [٣ / ٢٥٠ / ٥] أنه لو قتل غيره [يقتل به]^(٨) ؛ ينزجر عن قتله ، [فيكون]^(٩) حياة لهما جميعاً ، وهذا المعنى موجود في اللقيط ، وكان^(١٠) للإمام أن يستوفي القصاص ، وإن شاء مال إلى الدية ؛ لأنه مجتهد فيه ، وليس له أن يعفو ؛ لأنه نصب لاستيفاء حقوق المسلمين ، لا

(٧) في (ب) ، و (جـ) « وأمر » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « اللقيط » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (جـ) « بالإنفاق عليه » .

(١) في (د) « طعام وكسوة » .

(٢) في (جـ) « فيملك » .

(٣) المبسوط (٢١ / ١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٣٥٢) ، وبدائع الصنائع (٦ / ١٩٩) .

(٤) في (جـ) « اللقيط » .

(٥) في (ب) ، و (د) لبيت مال المسلمين ، وفي (جـ) « لبيت المال » .

(٦) في (ب) ، و (جـ) « الحياة » .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٧٩

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « يقتل » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « يكون » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) « فكان » .

لإبطاله^(١) (٢) .

وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه ؛ إن أنفق بغير أمر القاضي ، فهو في ذلك متطوع ، وإن أنفق بأمر القاضي ؛ إن كان القاضي أمره بالإنفاق على أن يكون ديناً عليه ، فإن ظهر له أبٌ كان للملتقط [حق الرجوع]^(٣) على أبيه ، وإن لم يظهر له أبٌ فله حق الرجوع عليه^(٤) إذا كبر . [وإن كان القاضي أمره بالإنفاق ولم يقل : على أن يكون] ديناً عليه^(٥) .

ذكر شيخ الإسلام أن في المسألة روايتين . وذكر شمس الأئمة السرخسي : [أنه لا يكره له حق الرجوع في ظاهر الرواية . وذكر الطحاوي عن أصحابنا : أن له حق الرجوع ، والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية ، كذا حكى عن شمس الأئمة السرخسي ،]^(٦) ووجهه : أن مطلق الأمر بالإنفاق محتمل ، يحتمل أن يكون للحث^(٧) ، [والترغيب]^(٨) في إتمام ما شرع فيه من التبرع ، وإنما ينقطع هذا الاحتمال بالأمر على أن يكون ديناً عليه^(٩) .

وإذا بلغ اللقيط ، وصدق الملتقط فيما ادعى من الإنفاق عليه ، رجع عليه بذلك [٢ / ٦ هـ] ، وإن كذبه كان القول قول اللقيط ، وعلى الملتقط البينة ؛ لأنه يدعي ديناً

(١) المبسوط (٢١٨ / ١٠) ، وفتاوى قاضيان (٣٩٩ / ٣) .

(٢) في (ج) « لا لإبطالها » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) كذا في (د) ، وفي (أ) « للحث » وفي (ب) ، و (ج) « للحب » ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « الرغبة » والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٩) مختصر الطحاوي ص (١٤١) ، والمبسوط (٢١١ / ١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٢ / ٣) ، و

بدائع الصنائع (١٩٩ / ٦) ، وفتاوى قاضيان (٣٩٦ / ٣) .

لنفسه على اللقيط ، وهو ينكر^(١) .

في المنتقى : لو جعل الإمام ولاء اللقيط للملتقط جاز ؛ لأنه قضاء في فصل^(٢) مجتهد فيه فإن من العلماء من قال : بأن الملتقط [شبيه^(٣)] المعتق من حيث إنه أحياء^(٤) كالمعتق^(٥) ، والله أعلم^(٦) .

(١) المسوط (٢١٠/١٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٦/٣) .

(٢) في (ب) « لأنه فصل » .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « سبب » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ج) « اختاره » .

(٥) الفتاوى التتارخانية (٥٧٣/٥) .

(٦) سقط من (ب) .

الفصل الرابع في دعوى نسب اللقيط ورقته .

إذا ادعى الملتقط نسب اللقيط ، فالقياس أنه لا تصح دعوته لمكان التناقض ، فإنه زعم أنه لقيطه^(١) ، وابنه لا يكون لقيطاً ، ولأن هذا [إقرار]^(٢) على اللقيط فإنه يلزمه أحكام النسب ، والإقرار على الغير لا يصح .

وفي الاستحسان : تصح دعوته ؛ لأن هذا إقراراً على نفسه من وجه ، من حيث إنه يلزمه^(٣) نفقته ويجب عليه أن يحفظ ثم^(٤) ، وإن^(٥) كان هذا^(٦) إقرار على اللقيط فهو إقرار عليه [٥٦٣/٢ ج] بما [ينفعه]^(٧) من كل وجه ، وبالاتقاط ثبت له هذه الولاية .

وما يقول بأنه متناقض ، قلنا : نعم ولكن فيما طريقه طريق الخفاء فقد يشبهه على الإنسان حال ولده الصغير ويظن أنه لقيط ، ثم تبين له بعد ذلك أنه ولده^(٨) . وإن^(٩) ادعاه رجل فالمسألة على القياس والاستحسان^(١٠) ، وهذا قياس آخر^(١١) ؛ لأن

(١) في (ج) « التقطه » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) « الإقرار » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (د) « تلزمه » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ج) « أو إن » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « ينفعه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، والمبسوط (٢١١/١٠) وتحفة الفقهاء (٣٥٣/٣) ، وبدائع

الصنائع (١٩٩/٦) .

(٩) في (ج) « فإن » .

(١٠) في (ج) « أيضاً » .

(١١) في (ج) « أحقر » .

المدعي يريد أن يأخذه من يد الملتقط ، ويبطل عليه ما ثبت من الحق^(١) .
 وإذا مات اللقيط^(٢) ، وادعى رجل أنه ابنه لا تصح دعوته فعلى هذا^(٣) جواب الاستحسان ، فرق بين حال الحياة وبين ما بعد الموت ؛ لأن في حال الحياة إنما صحت دعوته ؛ لأنه أقر بما ينفع اللقيط من كل وجه وهو النسب ، وبالموت استغنى عن النسب بقى كلامه دعوى الميراث ، فلا يصدق إلا بحجة^(٤) .
 ولو ادعى الملتقط أن اللقيط عبده^(٥) لم يصدق على ذلك ؛ لأننا حكمنا بحريته ظاهرا فلا يبطل ذلك بمجرد^(٦) قوله^(٧) .

ولو ادعى رجل أنه ابنه من امرأته هذه أو من أمته هذه ، وصدقته المرأة والأمة^(٨) فهو ابنهما ، فقد شرط تصديق الزوجة والأمة ، أما تصديق الزوجة فظاهر ؛ لأنه أقر عليها بما يلزمها من حقوق النسب ، وإقرار الإنسان على زوجته لا يصح إلا بتصديقها ، وأما تصديق الأمة فلأنه وإن أقر على مملوكيته^(٩) ، ولكن يلزمها في الحال وبعد الحرية ، فإن حقوق النسب كما يلزمها في الحال يلزمها بعد الحرية ، وإقرار المالك على مملوكه بما يلزمها بعد الحرية لا يصح إلا بتصديق المملوك^(١٠) .

(١) المبسوط (٢١٢/١٠) ، وتختف الفقهاء (٣٥٣/٣) .

(٢) في (ب) « الملتقط » .

(٣) في (ج) « فعلى جواب » .

(٤) المبسوط (٢١٤/١٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٧/٣) .

(٥) في (ب) « عنده » .

(٦) في (ج) « لمجرد » .

(٧) اللباب ٢/٢٠٦ ، والمبسوط (٢١٣/١٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٧/٣) ، والهداية (٢/٧) .

(١٧٤) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « أو الأمة » .

(٩) في (ج) « مملوكة » ، وفي (د) « مملوكته » .

(١٠) الفتاوى التتارخانية (٥٧٥/٥) .

ولو ادعاه^(١) عبد أنه ابنه من امرأته هذه، وهي أمة ، وصدقته المرأة ، وصدقتهما^(٢) المولى وقال : هو عبدي، ثبت^(٣) النسب، وكان اللقيط مملوكا لمولى الأمة ، وهذا قول أبي يوسف ؛ لأن من ضرورة ثبوت النسب من الأمة إن يكون مملوكا له . وعند محمد : هو حر^(٤) ؛ لأننا حكمنا بثبات نسبه ؛ لأنه منفعة ، وليس في إبطال الحرية الثابتة^(٥) من حيث الظاهر نفع ، بل فيه ضرر، فيثبت نسبه من الرجل، ولا يجعل ابن امرأته هذه^(٦) .

ولو^(٧) ادعت المرأة^(٨) اللقيط أنه ابنها ، وهي حرة أو أمة ، لم تصدق^(٩) على ذلك إلا ببينة [٢ / ٤٢١ / ٤]، فإن أقامت^(١٠) امرأة واحدة على أنها ولدته قبل ذلك منها ، إذا كانت عدلة حرة ، أطلق الجواب ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج [أو لم يكن . من مشايخنا من قال المسألة محمولة على ما]^(١١) إذا كان لها زوج ؛ لأنها تحمل النسب على فراش الغير . أما إذا لم يكن لها زوج فلا يحتاج^(١٢) إلى البينة ، وهي والرجل سواء . ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها ، وقال : الحكم في حقها يثبت بحقيقة^(١٣) الولادة، [وللقابلة وقوف عليها]^(١٤) فلا بد من إقامتها لقبول قولها ، فأما في جانب الرجل

(١) في (ب) « ولوادعى » .

(٢) في (ب) « وصدقها » .

(٣) في (ب) « يثبت النسب » .

(٤) في (ب) « حرة » .

(٥) في (ب) « الثانية » .

(٦) مختصر الطحاوي ص (١٤١) ، والمبسوط (٢١٦ / ١٠) وفتاوى قاضيهان (٣ / ٣٩٩) .

(٧) في (ج) « فلو » .

(٨) في (ج) « امرأة » .

(٩) في (ب) « يصدق » .

(١٠) في (ج) « أقام » .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٢) في (د) « تحتاج » .

(١٣) في (ب) ، و (د) « حقيقة » .

(١٤) مابين المعقوفين في (أ) « والمقابلة وقرن عليها » ، وفي (ب) « والقابلة وفوق عليها » =

الحكم منقطع^(١) عن الحقيقة وعلق بالنسب^(٢) الظاهر فكان قوله مقبولاً^(٣) .
ولو^(٤) ادعى اللقيط ذمي فالقياس على الاستحسان الذي ذكرنا في المسلم أن^(٥)
لا يصدق ، وفي الاستحسان يصدق ويثبت نسبه منه ويكون مسلماً . ووجه ذلك : أن
إثبات النسب تبع وإثبات التبعية في الدين ضرر ، والنفع^(٦) ينفصل عن الضرر ، فجعلنا
النفع ، ونفيها^(٧) الضرر^(٨) .

وفي المنتقى : الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ويقبل على الملتقط المسلم
شهود النصارى لمسلم أو نصراني^(٩) في قولهم جميعاً ، يريد به^(١٠) : إذا كان الملتقط
مسلماً فادعى مسلم أو نصراني أنه ابنه ، وأقام على ذلك شهود النصارى^(١١) تقبل
[بينته]^(١٢) . قال أبو الحسن : هذا الجواب مستقيم [فيما]^(١٣) إذا كان الملتقط^(١٤) ذمياً

= والتصويب من (ج) ، و (د) .

(١) في (ب) « لا ينقطع » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ج) « بالسبب » ، والتصويب من (ب) ، و (د) .

(٣) مختصر الطحاوي ص (١٤١) ، والمبسوط (٢١٧ / ١٠) وتحفة الفقهاء (٣٥٣ / ٣) ، وفتاوى

قاضيخان (٣٩٨ / ٣) .

(٤) في (ج) « فلو » .

(٥) في (ج) « المسلمة أنه » .

(٦) في (ج) « فالتنع » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) مختصر الطحاوي ص (١٤١) ، واللباب شرح الكتاب (٢٠٦ / ٢) ، والمبسوط (٢١٦ / ١٠)

وبدائع الصنائع (١٩٩ / ٦) .

(٩) في (ب) « ونصراني » .

(١٠) في (ب) « ويريد به » .

(١١) في (ب) ، و (د) « شهود نصارى » .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٤) في (ب) « اللقيط » .

، غير مستقيم فيما إذا كان الملتقط مسلماً ؛ لأنها توجب استحقاق يد^(١) الملتقط ، وشهادة أهل الذمة لاستحقاق اليد على المسلمين لا تقبل . وقيل أيضاً : هذا الجواب يتأتى على طريق القياس ؛ لأن^(٢) على طريق الاستحسان [اليد على المسلمين]^(٣) النسب ثابت بالدعوة بدون البينة فلا حاجة إلى البينة^(٤) .

وإن^(٥) ادعاه رجلان يثبت النسب منهما . ولو سبق أحدهما بالدعوة فهو للسابق^(٦) ، ولا تقبل دعوى الآخر بعد ذلك إلا أن يقيم الآخر^(٧) بينة أنه ابنه ؛ لأن السبق في الدعاوى لا يقاوم البينة^(٨) .

وإن ادعاه امرأتان ، فعلى قول أبي يوسف ومحمد : لا يثبت النسب من واحدة منهما ؛ لأن ثبات النسب في^(٩) جانبها يبتني^(١٠) على [٣٧ / ٢ ب] حقيقة الولادة ، واجتماع المرأتين على ولادة ولد واحد لا يكون ؛ بخلاف جانب الرجل ؛ لأن الحكم^(١١) في حقه منقطع^(١٢) عن الحقيقة ، مبني على السبب وهو الفراش .

وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : فالنسب يثبت من المرأتين ؛ ولكن لا بد له من حجة عند التعارض والتنازع ، والحجة شهادة امرأة واحدة [على رواية أبي حفص ؛

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ب) « أن » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٤) المبسوط (٢١٦ / ١٠) ، وفتاوى قاضخان (٣٩٨ / ٣) .

(٥) في (ب) « وادعاه » .

(٦) في (ج) « السابق » .

(٧) في (ج) « الآخر بعد ذلك » .

(٨) المبسوط (٢١٢ / ١٠) ، والهداية (١٧٣ / ٢) ، وفتاوى التتارخانية (٥٧٥ / ٥) .

(٩) في (ج) « من » .

(١٠) سقط من (ج) ، وفي (ب) « بينها » .

(١١) في (ج) « الحكمة » .

(١٢) في (د) « منقطع في حقه » .

حتى إنه إذا أقامت^(١) كل واحد منهما امرأة يثبت النسب منهما^(٢) [على رواية أبي حفص]^(٣) .

وعلى رواية أبي سليمان : الحجة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، فإن أقاما ذلك يثبت^(٤) النسب منهما وما لا فلا^(٥) .

وإذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى . وإذا ادعى اللقيط رجلاً^(٦) ، كل واحد منهما يدعي أنه ابنه ، ووصف أحدهما بعلامات في جسده وأصاب ، ولم يصف^(٧) الآخر ، قضى للذي وصف ، وجعل إصابة الوصف علامة صدقه في دعواه^(٨) . وإن لم يصفه^(٩) واحد منهما فهو ابنهما . [ولو وصف أحدهما فأصاب في بعض ما وصف وأخطأ في البعض فهو ابنهما]^(١٠) . ولو وصفا وأصاب أحدهما دون الآخر قضى للذي أصاب ، وكذلك لو قال أحدهما : هو غلام ، [وقال الآخر : هو جارية يقضي للذي أصاب .

ولو تفرد رجل بالدعوة وقال : هو غلام]^(١١) فإذا هو جارية ، أو قال : جارية ، فإذا هو غلام ، لا يقضى له أصلاً^(١٢) .

(١) ما بين القوسين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « أقام » ، والتصويب من (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ب) « ثبت » .

(٥) المبسوط (٢١٧/١٠) ، وتخفة الفقهاء (٣٥٤/٣) ، وبدائع الصنائع (٢٠٠/٦) .

(٦) في (ب) « فإذا » .

(٧) في (ج) « رجلاً » .

(٨) في (ج) « يصيب » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « دعوته » .

(١٠) في (ب) « يصف » ، وفي (ج) « يصب » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٣) مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، وتخفة الفقهاء (٣٥٣/٣) ، و (١٩٩/٦) .

ولو ادعاه رجل أنه ابنه من هذه المرأة الحرة ، وادعى آخر أنه عبده ، وأقام البينة ، قضى للذي ادعى البنوة .

فإن^(١) ادعى أحدهما أنه ابنه من هذه المرأة الحرة ، [وادعى آخر أنه ابنه من هذه المرأة الأمة ، قضى للذي ادعى النسب من المرأة الحرة .

ولو أقام كل واحد منهما بينة أنه ابنه من هذه المرأة الحرة]^(٢) ، عَيَّن كل واحد منهما امرأة أخرى قضى بالولد بينهما . وهل يثبت [نسب الولد من المرأتين ؟ ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يثبت]^(٣) وعلى قولهما : لا يثبت^(٤) .

وإذا ادعى نسبه رجلان ، [وأقاما البينة]^(٥) ووقتت بينة كل واحد منهما [٦ / ٣ / هـ] ؛ فإن عرف أن الصبي على أحد الوقتين قضى له ، وإن كان سن الصبي مشكلا يحتمل أن يكون [على]^(٦) كل واحد من الوقتين ، فعلى قول أبي يوسف ومحمد : يسقط اعتبار^(٧) التاريخ ، [٣ / ٢٥١ / د] ويقضى بينهما باتفاق الروايات .

وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ فقد ذكر شيخ الإسلام أنه اختلف الروايات على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، [ذكر في رواية أبي حفص]^(٨) : أنه يقضى بينهما ، وذكر في رواية أبي سليمان : أنه يقضى لأسبقهما تاريخا ، وذكر شمس الأئمة الحلواني : ذكر في عامة الروايات أنه يقضى بينهما ، وذكر في بعض الروايات [أنه يقضى]^(٩) لأسبقهما تاريخا ؛ قال - رحمه الله - : والصحيح ما ذكر في عامة

(١) في (ب) ، و (ج) « وإن » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) ما بين المعقوفين تكرر في (ب) .

(٤) الفتاوى التتارخانية (٥ / ٥٧٧) ، والفتاوى الهندية (٢ / ٢٨٧) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) ما بين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

الروايات^(١) .

وفي القدوري : ادعى اللقيط مسلم وذمي ، قضى للمسلم [لأن منفعة الصبي فيه أكثر، وكذلك إذا شهد للمسلم ذميان ، وشهد للذمي مسلمان قضى للمسلم]^(٢) ؛ لأن شهادة كل واحد من المدعين حجة على صاحبه فاستويا ، فكان المسلم أولى . وفي الأصل : إذا التقط^(٣) لقيطا مسلم وذمي ، وتنازعا في كونه عبد أحدهما^(٤) قضى به للمسلم^{(٥)(٦)} .

(١) الفتاوى الهندية (٢/ ٢٨٧) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ب) « لقط » ، وفي (ج) « التقطه » .

(٤) في (ج) « عبداً لأحدهما » .

(٥) المبسوط (١٠ / ٢١٧) ، وبدائع الصنائع (٦ / ١٩٩) ، والهداية (٢ / ١٧٤) .

(٦) في (ج) « والله أعلم » .

الفصل الخامس

في تصرفات اللقيط بعد البلوغ .

اللقيط [٢ / ٤٢٢ / أ] إذا والى الملتقط أو رجلاً آخر بعد ما أدرك جاز ، وهذا إذا لم يتأكد ولاؤه لبيت المال . فأمّا إذا تأكد بأن جنى جنابة ، وعقل عنه بيت المال لا تجوز مولاته^(١) .

وإذا بلغ كافراً ، وقد وجد في مصر من أمصار المسلمين يجبر على الإسلام ، ولا يقتل استحساناً ؛ لأننا حكمنا بالإسلام^(٢) تبعاً للمكان ، وعلى^(٣) [كل من حكم بإسلامه تبعاً للمكان]^(٤) إذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام ؛ ولكن لا يقتل استحساناً ، كالولد المولود بين المسلمين إذا بلغ كافراً^(٥) .

وإذا^(٦) أقر بالرق لغيره ، [وصدقه ذلك الغير]^(٧) في ذلك كان عبداً له ، قالوا : وهذا إذا لم تتأكد^(٨) [حُرِيَّتُهُ]^(٩) بقضاء القاضي عليه بما لا يُقضى به إلا على الأحرار كالحذ الكامل والقصاص^(١٠) في الطرف أو ما أشبه ذلك ، أما إذا تأكد^(١١) حريته بقضاء القاضي [لم يقبل]^(١٢) إقراره بالرق بعد ذلك^(١٣) .

(١) المبسوط (١٠ / ٢١٣) ، وبدائع الصنائع (٦ / ١٩٩) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٧) .

(٢) في (ج) « بإسلامه » .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٤) ما بين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٥) المبسوط (١٠ / ٢١٤) ، وبدائع الصنائع (٦ / ١٩٨) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٧) .

(٦) في (ب) « إذا » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٨) في (ب) ، و (د) « يتأكد » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « جريمة » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ج) « أو القصاص » .

(١١) في (د) « تأكدت » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، « يقبل » ، والتصويب من باقي النسخ .

وإذا تزوج امرأة بعد ما أدرك ، واستدان^(١) ديناً ، أو بايع إنساناً أو تكفل^(٢) بكفالة ، [أو وهب هبة ، أو تصدق بصدقة وسلمها]^(٣) ، أو كاتب عبداً^(٤) أو دبره أو أعتقه ، ثم أقر أنه عبد لفلان^(٥) لم يصدق على إبطال شيء من ذلك . وكذلك في سائر التصرفات^(٦) .

وإن^(٧) كان اللقيط امرأة ، وتزوجت بزواج ، ثم أقرت بالرق لإنسان ، وصدقها المقر له فهي أمة للمقر له ، ولكن النكاح [بينها]^(٨) وبين الزوج^(٩) على حاله ، إذ ليس من ضرورة القضاء برقها بطلان النكاح ؛ لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداءً وبقاءً ، بخلاف ما إذا أقرت أنها بنت أب زوجها ، وصدقها الأب في ذلك ؛ حيث يبطل النكاح ؛ [لأن^(١٠) الأختية تنافي النكاح ابتداءً وبقاءً ، وإذا^(١١) ثبتت الأختية انتفى النكاح . ولو أعتقها^(١٢) المقر له لا خيار لها لأن إقرارها بالرق لم يعتبر في حق الزوج ، والأصل في ذلك : أن

(١٣) المبسوط (٢٢٠/١٠) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٣/٣) ، وبدائع الصنائع (١٩٨/٦) ، وفتاوى قاضيهان (٣٩٩/٣) .

(١) في (د) « أو استدان » .

(٢) سقط من (ج) ، وفي (ب) « كفل » .

(٣) ما بين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٤) في (ج) « عبده » .

(٥) في (ب) « عبد فلان » .

(٦) المبسوط (٢٢٠/١٠) ، وبدائع الصنائع (١٩٨/٦) ، وفتاوى قاضيهان (٣٩٩/٣) ، و (٤٠٠) ..

(٧) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « وإذا » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « بينهما » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ج) « زوجها » ..

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « فإذا » .

(١٢) في (ب) « أعتقه » .

في^(١) كل حكم يلحق [الزوج]^(٢) فيه ضرر لا يمكنه دفعه عن^(٣) نفسه [فإنها]^(٤) لاتصدق في إقرارها [بالرق]^(٥) في حق ذلك الحكم ، وفي كل ما يمكنه دفع الضرر عن نفسه تكون مصدقة في حقه^(٦) ، حتى إذا طلقها ثنتين ، ثم أقرت بالرق ملك رجعتها^(٧) ولا يصير طلاقها ثنتين بإقرارها بالرق ، لأن الزوج يتضرر بذلك على وجه لا يمكنه دفعه^(٨) عن نفسه [ولو كان طلقها واحدة وأقرت بالرق بعد ذلك صار طلاقها ثنتين ؛ لأنه متمكن من دفع الضرر عن نفسه]^(٩) بأن يراجعها ثم يمسكها ولا يطلقها ، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه الأحكام^(١٠) ، والله أعلم [بالصواب] . تم كتاب اللقيط من المحيط البرهاني ، بحمد الله وحسن توفيقه [١١] .

(١) سقط من (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، «الزوج يتضرر» وفي سقطت كلمة « يتضرر » من (ب) ، و (ج) ، فلم أثبتها لذلك ، ولعدم مناسبتها السياق .

(٣) في (ج) « على » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « حقها » .

(٧) في (ج) « مراجعتها » .

(٨) في (ج) « دفعها » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) المبسوط (٢٢٠ / ١٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٩ / ٣) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

كتاب اللقطة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول :

[الفصل الأول : في أخذ^(٢) اللقطة ، والانتفاع بها وتملكها .

الفصل الثاني^(٣) : في تعريف اللقطة ، وما يصنع بها بعد التعريف .

الفصل الثالث^(٤) : في ما يضمن الملتقط وفي ما لا يضمن .

الفصل الرابع^(٥) : في الخصومات^(٦) في اللقطة]^(٧).

(١) اللقطة لغة : يفتح القاف من اللَّقْط ، وهو : أخذ الشيء من الأرض وفي المصباح المنير : « قال الأزهري : اللقطة بفتح القاف : اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه قال : وهذا قول جميع أهل اللغة وحدّاق النحويين » .

المصباح المنير (٢/٥٥٧) ، ولسان العرب (٧/٣٩٢) ، والقاموس المحيط ص (٨٨٧) .
واصطلاحاً هي : مال يوجد ضائعاً . قال ابن عابدين : والظاهر أنه - أي المعنى الشرعي - مساوٍ للمعنى اللغوي المذكور ، سميت لقطة ؛ لأنها تُلْتَقَط غالباً أي تؤخذ وترفع ، وقال : « تقدم وجه تقديم اللقيط عليها ، وقال في العناية : هما متقاربان لفظاً ومعنى ، وخص اللقيط ببني آدم ، واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما ، وقُدِّم الأول لشرف بني آدم » .

طلبة الطلبة (١٩٢) ، والمغرب (٢/٢٤٧) ، وأنيس الفقهاء (١٨٨) ، ورد المختار (٦/٤٣١) ،

(٤٣٢) .

(٢) في (ب) « حد » .

(٣) سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم .

(٤) سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم .

(٥) سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم .

(٦) في (ب) ، و (د) « الخصومة » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الفصل الأول

في أخذ^(١) اللقطة والانتفاع بها ونملكها .

يجب أن يعلم بأن التقاط اللقطة على نوعين :

نوع من ذلك يفترض ، وهو : ما إذا خاف ضياعها . ونوع من ذلك لا يفترض ، وهو : ما إذا لم يخف ضياعها ؛ ولكن يباح أخذها أجمع عليه العلماء ، واختلفوا فيما بينهم : أن الترك أفضل أو الرفع ؟ . ظاهر مذهب أصحابنا : أن الرفع أفضل ؛ لأنه لو لم يرفع هو ربما تصل إليها يد خائنة ، وبعض المتقدمين^(٢) من أئمة التابعين^(٣) [قالوا : الترك أفضل ؛ لأن صاحبها يطلبها في الذي^(٤) سقطت منه ، فإذا تركها وصل إليها المالك^(٥) . ومن العلماء من^(٦)] قال : إن كان الرجل عدلاً يأمن على نفسه الخيانة فالرفع أفضل ، وإن كان فاسقاً لا يأمن على نفسه الخيانة فالترك أفضل^(٧) .

ثم ما يجده الرجل نوعان : نوع يعلم أن صاحبه لا يطلبه^(٨) ، كالنواة في مواضع متفرقة [و (كقشور)^(٩) الرمان [٦ / ٤ / هـ] في مواضع متفرقة^(١٠)] وفي هذا الوجه : له

(١) في (ب) « حد » .

(٢) في (د) « المتأخرين » .

(٣) في (ب) « وبعض المتقدمين قالوا » .

(٤) في (ج) « في المكان الذي » .

(٥) في (ج) « يد المالك » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٣٠) ، ومختصر الطحاوي ص (١٣٩) ، والمبسوط (١١ /

٢) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٣٥٤) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢٠٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣ /

٣٨٨) ، والهداية (٢ / ١٧٥) ، والمدونة (٦ / ١٨٤) وبداية المجتهد (٢ / ٣٠٤) ، والمجموع (١٥ /

٢٤٩ - ٢٥٠) ، وروضة الطالبين (٤ / ٤٥٢) ، والمغني (٨ / ٢٩١) ، والكافي لابن قدامة (٢ /

٣٥١) ، والمبدع (٥ / ٢٧٦ - ٢٧٧) ، والمحلى (٨ / ٢٥٧) .

(٨) في (ب) « لا يطلب » .

(٩) ما بين القوسين في (أ) « وكشور » ، والتصويب من باقي النسخ .

أن يأخذها [وينتفع بها ، إلا أن صاحبها إذا وجدها (في يده) ^(١) بعد ما جمعها فله أن يأخذها] ^(٢) ولا يصير ملكا للآخذ هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب اللقطة ، وهكذا ذكر القدوري في شرحه في [المسائل المنشورة] ^(٣) من كتاب الحظر والإباحة .

ووجه ذلك : أن إلقاء هذه الأشياء في [الطرق] ^(٤) إذن بالآخذ ، وإباحة الانتفاع بها عادة ، وليس بتمليك ؛ لأن التمليك من المجهول لا يكون ، والإباحة لا تزيل ملك المبيع ، والمباح له ينتفع ^(٥) به على حكم ملكه ^(٦) فإذا وجدها صاحبها في يده فقد وجد عين ملكه فكان له الأخذ .

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الذبائح ^(٧) : أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها وأخذها ولم تصر ^(٨) ملكا للآخذ ، وكذلك الجواب في التقاط [السنايل . فإن قال الرامي ^(٩) حالة الرمي : فليأخذ ^(١٠) من شاء . لا يكون للرامي أن يأخذ ^(١١) بعد ذلك من الآخذ بلا خلاف ، وتأويل هذا ^(١٢) : إذا قال [^(١٣) لأقوام ^(١٤)]

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١) ما بين القوسين سقط من (أ) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) « مسائل المشورة » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) في (ج) « لم ينتفع » .

(٦) في (د) « ملك » .

(٧) في (ج) « الذبيح » .

(٨) في (ج) « أو أخذها ويصير » ، وفي (ب) « يصير » .

(٩) في (ج) « فإن كان الرامي قال » .

(١٠) في (ج) ، و (د) « فليأخذ » .

(١١) في (ج) « يأخذ » .

(١٢) في (د) « هذه » .

(١٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

معلومين . ذكره الفقيه أبو الليث في فتاواه في كتاب الهبة والصدقة^(١) .

أما إذا لم يقل ذلك لأقوام معلومين فيكون للرامي أن يأخذه من الآخذ . وذكر في كتاب البيوع من فتاوى أبي الليث : رجل رمى بثوبه^(٢) ، لا يجوز لأحد أن يأخذه إلا إذا قال وقت الرمي فليأخذه من أراد ، وتأويله^(٣) ما ذكرنا ، وهذا الذي ذكرنا من التأويل في المسألتين اختيار الفقيه أبي الليث^(٤) .

وبعض مشايخنا قالوا : ليس للرامي أن يأخذ بعد ذلك ، وإن لم يقل الرامي^(٥) لأقوام [٥٦٤/٢ ج] معلومين ، ويستدل هذا القائل بقوله - عليه السلام - [٤٢٣/٢ أ] حين نحر بدنه : « من شاء »^(٦) [اقتطع]^(٧) «^(٨) ، ومعلوم [أنه^(٩) لم يخص^(١٠) قوما^(١١) معلومين]^(١٢) ؛ بل تناول^(١٣) الكل^(١٤) .

(١٤) في (ب) « قوم » .

(١) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم ٢٢٦ ، والفتاوى التتارخانية (٥٨٣/٥) .

(٢) في (ج) « ثوبه » .

(٣) في (د) « تأويله » .

(٤) لم أجده في الفتاوى .

(٥) في (ج) « الرامي ذلك » .

(٦) ما بين المعقوفين تكرر في (ج)

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) « أقطع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) سبق تخريجه في كتاب الكراهية ص

(٩) في (ج) « أنه بهذا » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « يختص » .

(١١) في (ج) « يقوم » .

(١٢) ما بين المعقوفين تكرر في (ب) .

(١٣) في (ب) « يتناول » ، وفي (ج) « يتناول » .

(١٤) المبسوط (٢/١١) ، و فتاوى قاضيخان (٣٩١/٣) .

ونوع آخر : يعلم أن صاحبه يطلبه ، كالذهب والفضة وسائر العروض وأشباهها ، وفي هذا الوجه له أن يأخذها ويحفظها ويعرفها حتى يوصلها إلى صاحبها^(١) .

وقشور الرمان والنوى إذا كانت مجتمعة^(٢) فهي من النوع الثاني ؛ لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه^(٣) ما ألقاها إنما سقطت منه فكانت من النوع الثاني^(٤) .

وفي غصب النوازل : إذا وجد جوزة ثم أخرى حتى بلغت عشرة وصار لها قيمة ، فإن وجدها في موضع واحد فهي من النوع الثاني بلا خلاف . وإن وجدها في مواضع متفرقة ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال الصدر الشهيد : واختار أنها من الثاني^(٥) ، بخلاف النوى وقشور الرمان [إذا وجدها في مواضع متفرقة ، والفرق : أن الناس في عاداتهم يرمون بالنوى وقشور الرمان]^(٦) والرمي بهذه الأشياء إباحة الانتفاع ، ولا كذلك الجوز ، قيل : إلا إذا وجدها تحت أشجار الجوز في الخريف قد^(٧) تركها صاحبها عند اجتناء الثمار ، وجمعها فحينئذ له أن يأخذ وينتفع بها لأن تركها تحت الأشجار في هذا الوقت لانتفاع الناس بها معتاد^(٨) .

وفي فتاوى أهل سمرقند : الحطب الذي يوجد في^(٩) الماء لا بأس بأخذه والانتفاع به وإن كان له قيمة . وكذلك التفاح [٥ / ٦ هـ] والكمثرى^(١٠) إذا وجد في نهر جار لا بأس

(١) في (ج) « صاحبه » .

(٢) في (ج) « مجتمعة » .

(٣) في (ج) « أن » .

(٤) المبسوط (٢ / ١١) ، وفتاوى قاضيان (٣ / ٣٩١) .

(٥) في (ج) « النوع الثاني » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، والتصويب من (ب) ، و (د) .

(٧) في (ج) « فقد » .

(٨) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم (١٣٢) ، (١٣٣) ، وفتاوى قاضيان (٣ / ٣٩٠) ، و الفتاوى

الهندية (٢ / ٢٩٠) .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) في (ب) « والمكثرى » .

بأخذه والانتفاع به وإن كثر^(١) .

وإذا مر في أيام الصيف بثمار ساقطة تحت الأشجار فهذه المسألة على وجوه :

إن كان ذلك في الأمصار لا يسعه تناول منها إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك إما نصاً أو دلالة^(٢) ؛ لأنه لا عادة هنا^(٣) في الإباحة .

وإن كان في الحائط [٣ / ٢٥٢ / د] والثمار مما يبقى ، كالجوز ونحوه ، ولا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن .

وإن كان الثمار مما لا تبقى^(٤) . تكلم المشايخ فيه ، منهم من قال : لا يسعه أن يأخذ ما لم يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك . ومنهم من قال : لا بأس به ما لم يعلم النهي إما صريحاً أو دلالة ، وهو المختار .

وإن كان ذلك في الرساتيق^(٥) الذي يقال بالفارسية ، « بيراسته » ، وكان ذلك من الثمار التي تبقى^(٦) لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن .

وإن كان ذلك من الثمار التي لا تبقى يسعه الأخذ بلا خلاف ما لم يعلم النهي^(٧) ، وهذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الثمار ساقطة تحت الأشجار .

فأما إذا كانت على الأشجار ، فالأصل^(٨) أن لا يأخذ في^(٩) موضع ما ، إلا

(١) فتاوى قاضيهان (٣ / ٣٩٠) ، وفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٠) .

(٢) في (ج) « وإن كثر » .

(٣) في (ج) « أو دلالة بالعادة » .

(٤) في (ج) « ههنا » .

(٥) في (ب) ، و (د) « يبقى » .

(٦) الرساتيق : جمع رستاق .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ج) « الذي » .

(٩) في (ج) « ما لم يعلم الآخذ النهي » .

(١٠) في (ج) « والأفضل » .

(١١) في (ج) « من » .

[بالإذن]^(١) إلا إذا كان موضعاً كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم [ذلك]^(٢) فيسعه^(٣) الأكل ، ولا يسعه الحمل^(٤) .

في واقعات الصدر الشهيد : حمل [الجمد]^(٥) من السقاية إلى منزله يكره ولا يحل^(٦) .

في فتاوى أهل سمرقند : امرأة رفعت ملاءة^(٧) امرأة وتركت ملاءتها [عوضاً]^(٨) ثم جاءت المرأة التي [تركت حتى]^(٩) أخذت ملاءتها وأخذت ملاءة المرأة الآخذة^(١٠) ليس لها أن تنتفع^(١١) بها . وطريق ذلك : أن تتصدق^(١٢) بهذه الملاءة على ابنتها إن كانت فقيرة على نية أن الثواب لصاحبته^(١٣) إن رضيت ثم تهب الابنة الملاءة منها فيسعيها الانتفاع بها لأنها بمنزلة اللقطة ، ولا يحل لها^(١٤) الانتفاع بها^(١٥) إن كانت غنية ، ويحل إن كانت

-
- (١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « أن يأذن » ، والتصويب من (ج) .
 - (٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
 - (٣) في (ب) « فتسعه » .
 - (٤) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩١) ، و الفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٠) .
 - (٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « الحمل » ، وصححت في هامش (د) إلى « الجمد » ، وكذا هي في (ب) ، و (ج) .
 - (٦) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم (١٣١) .
 - (٧) الملاءة : بالضم والمد : الرِيطَة ، وهي المِلْحَفَة التي تلتحف بها المرأة ، والجمع مَلَاء .
 - لسان العرب (١ / ١٦٠) ، والقاموس المحيط ص (٦٧) ، والمصباح المنير (٢ / ٥٨٠) ، والمعجم الوسيط ٢ / ٨٨٢ ، والمغرب ص (٤٢١) .
 - (٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
 - (٩) مابين المعقوفين سقط من (ج) .
 - (١٠) في (ب) « الآخذ » وفي (ج) « الآخرة » .
 - (١١) في (ب) ، و (ج) « ينتفع » .
 - (١٢) في (ب) « يتصدق » .
 - (١٣) في (ج) « لصاحبها » .
 - (١٤) سقط من (ج) .

فقيرة . وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق وترك عوضاً^(١) .

في فتاوى أبي الليث : إذا كان في المقبرة حطب يجوز للرجل أن يحتطب منها هكذا ذكر في العيون^(٢) ، وهذا إذا [كان يابساً]^(٣) ، وأما^(٤) إذا [كان]^(٥) رطباً يكره ، كذا ذكر في فتاوى أبي الليث ؛ لأنه مادام رطباً يسبح ، وربما يكون للميت أنس بتسبيحها ، ولهذا قلنا : بيع^(٦) الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب لأنه مادام رطباً يسبح^(٧) .

وفي^(٨) شرح القدوري في كتاب الحظر والإباحة : عن أبي يوسف في رجل ألقى شاة ميتة^(٩) فجاء آخر وأخذ صوفها : كان له أن ينتفع به ، ولو جاء صاحب الشاة بعد ذلك كان له أن يأخذ الصوف منه . ولو سلخها ودبغ جلدها ثم جاء صاحبها كان له أن يأخذ الجلد ويرد ما زاد الدباغ فيه^(١٠)^(١١) .

وفي^(١٢) واقعات الناطفي : إذا سقط في الطريق في أيام [يصنع]^(١٣) القز^(١٤) ورق

(١٥) في (ب) « الانتفاع بها ابتداء » ، وفي (ج) « الانتفاع ابتداء » .

(١) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٢) ، واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٢٤ ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٥/٣) .

(٢) عيون المسائل (٤٧٤/٢) ، والفتاوى الهندية (٢٩٣/٢) .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « كانت يابسة » ، والتصويب من (ج) .

(٤) في (ج) « فأما » .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « كانت » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) في (ب) « قطع » .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٣١٥) ، والفتاوى الهندية (٢٩٣/٢) .

(٨) في (ج) « في » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) سقط من (د) .

(١١) المبسوط (٢/١١) والفتاوى الهندية (٢٩٣/٢) .

(١٢) في (ج) « في » .

(١٣) مابين المعقوفين في (أ) « يضع » ، والتصويب من باقي النسخ .

الشجر الذي^(١) ينتفع بورقه ، كالتوت وأشباهه ، فليس له أن يأخذه ، وإن أخذ^(٢) ضمنه ؛ لأنه مملوك^(٣) منتفع . وإن كان ورق شجر لا ينتفع به له أن [٣٨ / ٢ / ب] يأخذ^(٤) .

في فتاوى الفضلي : المزارع إذا التقط السنابل بعد ما حصّد الزرع وجمّعها كانت^(٥) له خاصة ؛ لأنه [لو]^(٦) لم يلتقطها المزارع ، [لم]^(٧) يلتقطها رب الأرض ، فكانت مباحة^(٨) التملك [فإن كان الأرض لليتامى أيجوز أن تترك السنابل ؟] ، إن كانت السنابل بحيث لو استأجر على جمع ذلك أجيئاً يبقى للصبي بعد موته الأجير شيء ظاهر لا يجوز تركه^(٩) . وقال^(١٠) : وهي كنوب خلق رمى به^(١١) صاحبه فرفعه غيره كان له^(١٢) ، وقد ذكرنا مسألة الثوب قبل هذا^(١٣) .

(١٤) القَرّ : معرّب وهو الحرير والإبريسم ، قال الليث : هو ما يعمل منه الإبريسم ، ولهذا قال بعضهم : القز والإبريسم مثل الخنطة والدقيق .

المغرب (٣٨١) ، والمصباح المنير (٥٠٢ / ٢) ، والقاموس المحيط ص (٦٧٠) ، والمعجم الوسيط (٧٣٣ / ٢) .

(١) في (ج) « إلى » .

(٢) في (ج) « أخذه » .

(٣) في (د) « مملوكه » .

(٤) واقعات الناطفي اللوحة رقم ١٢١ ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩١) ، وفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٣) .

(٥) في (ج) « وجمعه كان » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « ولم » ، والتصويب من (ج) .

(٨) في (ج) « وكان مباح » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٠) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « قال » .

(١١) سقط من (ج) .

(١٢) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٥ ، فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩١) ، الفتاوى التتارخانية (٥ / ٥٨٦) .

(١٣) مسألة المرأة إذا رفعت ملاء غيرها ، وقد مرّت قبل ورقتين .

وفي مزارعة النوازل : مبطخة^(١) فيها بقية^(٢) ، قانتهاها الناس ، قال الفقيه أبو بكر : إذا تركها أهلها ليأخذ^(٣) من شاء ذلك^(٤) فلا بأس به^(٥) . وهو نظير من رفع زرعه ، وترك ثمة سنابل فالتقطها غيره فلا بأس به^(٦) ، كذا ههنا^(٧) .

في النوازل : [ما يجتمع^(٨)] للدهانين^(٩) في إنائهم من الدهن الذي يقطر^(١٠) من الأوقية^(١١) ، هل يطيب لهم ؟ ، إن كان بحال يسيل الدهن من خارج الأوقية لا من داخلها يطيب ؛ لأن ما هو خارج الأوقية فليس بمشترى ، وإن كان الدهن يسيل من^(١٢) داخل الأوقية ، أو من الداخل [والخارج]^(١٣) أو لا يعلم ، فإن زاد الدهان لكل^(١٤) واحد من المشترين شيئاً طاب^(١٥) له ما يقطر ، وإن لم يزد لا يطيب ويتصدق به ولا ينتفع به إلا أن

(١) المبطخة : هي موضع البطيخ ومنبته ، والبطيخ من البقطين : الذي لا يعلو ، ولكن يذهب حبلاً على وجه الأرض واحده : بطيخة .

المغرب (٤٥) ، ولسان العرب (٩ / ٣) ، والقاموس المحيط ص (٣١٨) .

(٢) في (ج) « بقيت فيها » .

(٣) في (ج) « ليأخذها » .

(٤) في (ج) « من ذلك » .

(٥) في (ج) « لا بأس » .

(٦) في (ج) « لا بأس به » .

(٧) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩١) ، وفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٣) .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « مايجمع » ، والتصويب من (ج) .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « الدهاقين » ، وفي (ب) « الدهانين » والتصويب من (ج)

(١٠) في (ج) غير واضحة .

(١١) الأوقية : بضم الهمزة وبالتشديد وزن من أوزان الدهن ، وتعادل سبعة مثاقيل أو أربعون درهماً .

المغرب ٤٩٢ ، والمصباح المنير (٢ / ٦٦٩) ، والقاموس المحيط ص (١٧٣١) .

(١٢) سقط من (ب) .

(١٣) مابين المعقوفين في (أ) « والحال » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٤) في (ب) « بكل » .

(١٥) في (ب) « طابت » .

يكون محتاجاً؛ لأن سبيله سبيل اللقطة^(١) ، والحكم في اللقطة هذا على ما نبين - إن شاء الله تعالى - .

قوم أصابوا بغيراً مذبوحة في طريق البادية ، إن كان [٢ / ٤٢٤ / ١] قريباً من الماء ووقع في القلب أن صاحبه فعل ذلك لأنه أباحه للناس فلا بأس بالأخذ والأكل . في^(٢) العيون ، وفي فتاوى أهل سمرقند : إذا أذن فيها صاحبها جاز الأخذ والأكل^(٣) .

في كراهية فتاوى أهل سمرقند : رجل له دار يؤاجرها ، فجاء إنسان بإبل ، وأناخ^(٤) في داره ، واجتمع من ذلك بحر كثير ، قال : إن ترك صاحب الدار ذلك على وجه الإباحة ولم يكن من دأبه أن يجمع فكل من أخذ فهو أولى . وإن كان دأب^(٥) صاحب الدار أن يجمعها فصاحب الدار أولى لأنه أعد الدار للأجر^(٦) (٧) .

في^(٨) نوادر هشام : سرقين^(٩) الدابة في الخان إذا ذهب صاحبها فهي لمن أخذها لالصاحب الخان^(١٠) .

وفي فتاوى^(١١) الفضلي : رجل قاطع^(١٢) داراً سنين معلومة^(١٣) وسكنها ، فاجتمع فيها

(١) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٣١) ، و عيون المسائل (٢ / ٣٧١) ، و فتاوى قاضيخان (٣٩٣ / ٣) .

(٢) في (ج) « وفي » .

(٣) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٤ ، و عيون المسائل (٢ / ٣٧٣) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٣) .

(٤) في (ج) « فأناخ » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « من رأي » .

(٦) في (ب) « الأحرار » ، وفي (ج) « للأحرار » .

(٧) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٠ ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٤) ، و الفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٥) .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « وفي » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « في سرقين » .

(١٠) عيون المسائل (٢ / ٣٧٣) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٠) .

(١١) في (ب) ، و (ج) « دعوى » .

سرقين كثير ، وقد جمعه المقاطع فهو^(١) لمن هيا^(٢) مكانه ، وإن لم يفعل ذلك أحد ، فهو لمن^(٣) سبقت يده إليه بالأخذ والرفع . وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري يقول : هي لمن سبقت [يده إليها بالأخذ]^(٤) والرفع على كل حال ، وكان لا يعتبر تهية المكان ، حتى قال : إذا ضرب حائطا وجعل موضعا يجتمع فيه الدواب ، فسرقينها لمن سبقت [إليها يده ، بخلاف ما إذا هيا مكاناً لأجل الصيد ؛ لأن هناك ما اعترض على فعله فعل معتبر] من غيره لأنه لا عبرة لفعل الصيد ، وههنا اعترض على فعله فعل معتبر من غيره^(٥) ، وهو إدخال صاحب الدار^(٦) الدواب في هذا المكان^(٧) .

وفي فتاوى أبي الليث : سئل أبو نصر عن الغنم [٦ / ٦ هـ] تجمع في مكان ، فيجتمع من ذلك بعير كثير ، فجاء آخر ، والتقطها ، قال : إن كان أرباب الغنم جمعوا ذلك وهيا^(٨) وأرباب لغنمهم ليجتمع بعرها أو كانوا يشحون على ذلك لا يجوز لأحد أن يأخذ ذلك من غير إذنهم ، وإن لم يكن شيء من ذلك فلا بأس بالأخذ منه^(٩) ^(١٠) .

(١٢) أي : استأجر ، من : قاطعه على كذا وكذا من الأجر والعمل ونحوه ، مقاطعة .

لسان العرب (٢٨٣ / ٨) .

(١٣) في (ب) « معلوما » .

(١) في (ج) « وقد جمع المقاطع فهي » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « هذا » .

(٣) في (ج) « فهي إن » .

(٤) سقط من (ج) ، و (د) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) في (ج) « صاحب الدواب الدواب » .

(٨) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٤) ، و الفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٤) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « أو هياؤا » .

(١٠) سقط من (د) .

(١١) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم ٢٣٠ ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٠)

وفي دعوى الفضلي : ساحة^(١) بيضاء يطرح فيها أصحاب السكة التراب والسرقين والرماد ونحوه ، حتى اجتمع من ذلك شيء كثير ، فإن كان أصحاب السكة طرحوها على معنى [الرمي]^(٢) بها ، وكان صاحب الساحة هيأ الساحة لذلك ، فهي لصاحب الساحة ، وإن لم يكن هيأ الساحة لذلك ، فهي لمن سبقت يده إليها بالرفع . وكان القاضي الإمام ركن الإسلام على السغددي يقول : هي لمن سبقت يده إليها بالرفع^(٣) على كل حال^(٤) .

وفي فتاوى أبي الليث : رجل له برج حمام اختلط به^(٥) حمام أهلي لغيره لا ينبغي له أن يأخذه^(٦) ، وإن أخذه يطلب من صاحبه ؛ لأنه في معنى الضالة واللقطة ، فإن فرخ عنده فإن كان الأم غريبا لا يتعرض لفرخه ، [وإن كان الأم لصاحب (البرج)]^(٧) والغريب ذكر فالفرخ له^(٨) [لأن الفرخ]^(٩) والبيض يتولد^(١٠) من الأم فيكون لصاحب الأم . فإن لم يعرف أن في برجه غريب لاشيء على صاحب البرج^(١١) .

وفي شرح الصدر لشمس الأئمة السرخسي : أن من اتخذ برج حمام [وأوكرت]^(١٢)

(١) مابين المعقوفين في (أ) « بناحية » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) « الري » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٤) ، الفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٤) .

(٥) في (ب) ، و (ج) « بها » .

(٦) في (ج) « يأخذ » .

(٧) مابين القوسين في (أ) « الفرخ » ، وفي (د) « الفرخ » ، والتصويب من (ج) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٠) في (ج) « متولد » .

(١١) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٣١) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٤ ، و ٣٩٥) .

(١٢) في (ج) زيادة « إن شاء الله تعالى » .

(١٣) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « أوكرت » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ،

و « أوكرت » أي : اتخذت الوكر ، أو أتت إليه ودخلته ، والوكر : عش الطائر قال في المغرب : « قوله

حمامات الناس فيها^(١) فما يأخذ من فراخها لا يحل له إلا إذا كان فقيراً فيحل له أن يتناول حاجته . وإن كان غنيا ينبغي أن يتصدق بها على فقير، ثم يشتريها منه بشيء . وفيه أيضاً : رجل أخذ حمامة في المصر يعلم أن مثلها لا يكون وحشية فعليه أن يعرفها^(٢) .

وفيه أيضاً : ومن أخذ بازياً أو ما أشبهه في سواد^(٣) أو مصر، وفي رجليه سير أو جلاجل ، وهو يعرف أنه أهلي فعليه أن يعرف ليرد^(٤) على أهله . فإنه تبين ثبوت يد الغير عليه ؛ لأنه لا يخرج من البيضة مع الجلاجل والسير ، فأما إن انفلت من يد صاحبه [أو أرسله]^(٥) وأياً ما كان لا يزيل ملك صاحبه عنه ، وكان^(٦) بمنزلة اللقطة . وكذلك إذا أخذ^(٧) ظبياً في عنقه قلادة^(٨) . [والله أعلم] ^(٩) .

في الحمامة : أو كرت على باب الغار ، الصواب : وكرت بالتخفيف أو التشديد .

المغرب (٤٩٢) ، والمصباح المنير (٦٧٠/٢) ، والقاموس المحيط ص (٦٣٥) .

(١) في (ب) « منه » .

(٢) الفتاوى التتارخانية (٥٨٩/٥) .

(٣) السواد : جماعة النخل ، والشجر خضرته واسوداده ، وقيل : إنما ذلك ؛ لأن الخضرة تقارب السواد ،

وسواد كل شيء : كورة ماحول القرى الرساتيق ، وسواد الكوفة والبصرة : قراهما .

تهذيب الأسماء واللغات (١٦٠/٣) ، والمغرب ص (٢٣٨) ، والمصباح المنير (٢٩٤/١) ،

ولسان العرب (٢٢٥/٣) ، والقاموس المحيط ص (٣٧١) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « ليرده » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « وأرسله » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « فكان » .

(٧) في (ج) « وجد » .

(٨) الفتاوى الهندية (٢٩٤/٢) ، والفتاوى التتارخانية (٥٨٩/٥) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

الفصل الثاني

في تعريف اللقطة ، وما يصنع بها بعد التعريف

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني : أول^(١) ما يكون من التعريف أن يُشْهَد عند الأخذ ويقول : آخذها لأردّها ، فإن^(٢) فعل ذلك ، ثم لم يعرفها بعد ذلك كفى . ومن المشايخ [من قال]^(٣) : يأتي [على ذلك]^(٤) أبواب المساجد وينادي^(٥) .

وقد ذكر محمد في الكتاب : يعرفها حولاً ، ولم يفصل بين القليل والكثير . وعن [أبي حنيفة]^(٦) روايتان : روى الحسن عنه في المجرّد إن كانت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً وإن كانت^(٧) أقل من مائتي درهم إلى عشرة يعرفها شهراً^(٨) ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها ثلاثة أيام .

وروى محمد عنه : إن كانت عشرة فما فوقها يعرفها حولاً ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها^(٩) على حسب ما يرى .

وروى الحسن عن أصحابنا : إن كانت مائتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً ، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً [وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفها عشراً]^(١٠) ، وإن كانت

(١) في (ج) « أدنى » .

(٢) في (ب) « وإن » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (د) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) مختصر الطحاوي ص (١٣٩) ، واللباب (٢ / ٢٠٧) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨٩) .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « محمد » ، والتصويب من (ج) .

(٧) في (ج) « كان » .

(٨) في (ب) « وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب شهراً » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

درهما فصاعدا يعرفها ثلاثة أيام،^(١) وإن كانت دانقاً يعرفها يوماً ، وإن كانت دون ذلك ينظر بمئة ويسرة ويضعها^(٢) في كف فقير .

والفقيه أبو جعفر كان يقول : إذا بلغ مالا عظيماً ؛ بأن كان كيساً فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال .

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الإمام أنه كان [٢٥٣ / ٣]
[د] يروي عن محمد : يعرف اللقطة ثلاث سنين ، قلّ أو كثر .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يقول : شيء من هذا ليس بتقدير لازم ؛ بل يبني الحكم على غالب الرأي ، ويعرف القليل والكثير إلى^(٣) أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد^(٤) ذلك . وفي المنتقى : قدر مدة التعريف في العصفور والطائر [٢ / ٤٢٥ / أ] يوم .^(٥)

ثم على قول من قدر مدة التعريف بحول أو أكثر ، اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : [يعرفها كل جمعة ، وبعضهم قالوا ستة أشهر ، وهذا كله إذا كانت اللقطة شيئاً يبقى . وأما^(٦) إذا كانت شيئاً لا يبقى يعرفها]^(٧) إلى أن ينتهي إلى وقت يخشى عليها الفساد ، ثم بعد مضي^(٨) مدة التعريف لو لم يظهر لها طالب يرفعها إلى الإمام . هكذا ذكر في النوادر^(٩) ، ولم يذكر في المبسوط أن الملتقط يرفعها إلى الإمام^(١٠) .

(١) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٢) في (ب) « ونصنها » .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم ٢٣١ ، وعبون المسائل (٣٧٢) ، واللباب (٢٠٨ / ٢) ،
والمبسوط (٣ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠١ / ٦) ، وفتاوى قاضخان (٣٨٩ / ٣) .

(٦) في (ج) « فأما » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) في (ج) « بعد ماضى » .

(٩) في (ج) « النوازل » .

قال في المنتقى : وقال أبو يوسف والحسن : له أن يأمر غيره [ويعطيها]^(١) حتى يعرفها ، يريد به : إذا عجز عن التعريف بنفسه ، وإن مات في يده فلا ضمان على أحدٍ في ذلك .

ثم إذا دفعها إلى الإمام كان للإمام الخيار إن شاء قبل منه وإن شاء لم يقبل . فإن قبل فهو بالخيار ، [٦ / ٧ هـ] إن شاء عجل صدقتها^(٢) على الفقراء ، وإن شاء أقرضها من رجل موثوق مليء ، وإن شاء دفعه مضاربة .

والحاصل : أن الإمام نصب ناظراً فيفعل ما رآه أصلح في حق صاحب اللقطة ، وإذا ردها على الملتقط ، فالملتقط بالخيار إن شاء أمسكها وأدام الحفظ فيها حتى يظهر لها طالب ، وإن شاء تصدق^(٣) بها على أن يكون الثواب^(٤) لصاحبها ، وإن شاء باعها إن لم يكن دراهم أو دنانير وأمسك ثمنها . فإن تصدق^(٥) وحضر صاحبها ، فله الخيار ، إن شاء نفذ الصدقة والثواب له ، وإجازة^(٦) الصدقة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء ، وإن شاء لم يجز الصدقة . وعند [٢ / ٥٦٥ جـ] عدم الإجازة ؛ إن كانت قائمة في يد الفقير أخذها منه ، وإن كانت هالكة كان له الخيار ؛ إن شاء ضمن الفقير ، وإن شاء ضمن الملتقط .

فإن قيل : كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع؟ قلنا : الشرع ما ألزمه التصديق وإنما أذن له بذلك^(٧) ، ومثل هذا الإذن يسقط الإثم ، أما لا يسقط^(٨) عصمة

(١٠) مختصر الطحاوي ص ١٤٠ ، والمبسوط (٣ / ١١) وفتاوى قاضيهان (٣ / ٣٩٠) .

(١) مابين المعقوفين في (أ) « يعطيها » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) « صدقها » .

(٣) في (ب) ، و (جـ) « يصدق » .

(٤) في (ب) « الثوب » .

(٥) في (ب) « يصدق » .

(٦) في (ب) « وإجازته » .

(٧) في (جـ) « في ذلك » .

(٨) في (جـ) « ما لا يسقط » ، و « أما » هنا بمعنى « لكن » .

تثبت حقاً للعبد ، كالإذن في الرمي إلى الصيد .

حكى^(١) عن القاضي الإمام أبي جعفر أنه^(٢) كان يقول : ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا تصدق بغير أمر القاضي . أما إذا تصدق بأمر القاضي فليس للمالك أن يضمن الملتقط .

وإن كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرف اللقطة إلى نفسه بعد التعريف ؛ لأن الصرف إلى فقير آخر [لإيصال الثواب إلى المالك وفي حق هذا المعنى : الصرف إلى فقير آخر]^(٣) والصرف إلى نفسه سواء . فإن^(٤) كان غنياً فليس له أن يصرفها إلى نفسه^{(٥)(٦)}

فإن^(٧) باع القاضي أو باع الملتقط بأمر القاضي ثم حضر صاحبها [لم يكن له إلا البيع ؛ لأن البيع نفذ بولاية شرعية . فإن^(٨) باعها بغير أمر القاضي ، ثم حضرها صاحبها]^(٩) وهي^(١٠) قائمة في يد المشتري ، كان لصاحبها الخيار ؛ إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن ، وإن شاء أبطل البيع وأخذ عين ماله ؛ لأن هذا بيع صدر لا عن ولاية فيتوقف على إجازة المالك . وإن كانت قد هلكت فالمالك بالخيار ، إن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية ، وبه أخذ عامة المشايخ^(١١) . وفي

(١) في (ج) « حتى حكى » .

(٢) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ج) « وإن » .

(٥) في (ب) « نفسه سواء » .

(٦) مختصر الطحاوي ص (١٤٠) ، واللباب (٢٠٩ / ٢) ، و (٢١١ / ٢) ، والمبسوط (٣ / ١١) ،

و (١١ /) ، وبدائع الصنائع (٢٠٢ / ٦) ، وفتاوى قاضيه خان (٣٨٩ / ٣) .

(٧) في (ج) « وإن » .

(٨) في (ب) « وإن » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٠) في (ب) « أو هي » .

(١١) في (ب) « العلماء » .

رواية أخرى يبطل البيع، وبه أخذ بعض المشايخ .

وفي الوديعة : إذا باعها المودع ، وسلمها إلى المشتري ، فهلك في يد المشتري ثم إن المالك ضمن البائع لم ينفذ البيع باتفاق الروايات هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه . وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه : أن بيع المودع ينفذ من جهته ، كببيع الملتقط ، وأشار إلى المعنى الجامع فقال : الملتقط حين رفعها لبييعها بغير أمر القاضي صار ضامنا لها فيستند ملكه إلى تلك الحالة فينفذ بيعه ، [والمودع حين رفعها لبييعها لا يصير^(١) ضامنا ليستند إلى تلك الحال^(٢) فينفذ بيعه ،]^(٣) وإن شاء ضمن المشتري قيمتها ، ورجع بالثمن على البائع ، وجعل استرداد القيمة من يده بمنزلة استرداد العين من يده .^(٤)

وفي وديعة فتاوى أهل سمرقند : غريب مات في دار رجل ، وليس له وارث معروف ، وخلف من المال ما يساوي خمسة^(٥) دراهم ، وصاحب الدار فقير ، فأراد أن ينفقها^(٦) على نفسه فله ذلك ؛ لأنه في معنى اللقطة^(٧) ^(٨) .

(١) في (ب) « لبييعها يصير » .

(٢) في (ب) « الحالة » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٤) مختصر الطحاوي ص (١٤٠) ، واللباب (٢ / ٢٠٩) ، والمبسوط (٨ / ١١) ، و (١١ / ١١) ، و

فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٠) ، والهداية (٢ / ١٧٦) .

(٥) غير واضحة في (ج)

(٦) في (ب) ، و (ج) « أن يتصدق بها » .

(٧) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٧ ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٥) ، وفتاوى الهندية (٢ /

٢٩٥) .

(٨) في (ب) « والله أعلم بالصواب » .

الفصل الثالث

فيما يضمن الملتقط ، وفي مالا يضمن

إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط فهذا على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يأخذها ليردها على المالك ، ويشهد عند الأخذ شاهدين أنه إنما [٦ / هـ / ٨] أخذها ليردها على المالك ، وفي هذا الوجه لا ضمان ؛ لأن أخذها ليردها على المالك مندوب إليه شرعا فلا يصلح سببا للضمان .

الوجه الثاني : إذا أخذها لنفسه ، وأقر بذلك ، وفي هذا الوجه : هو ضامن لأنه منهي عن الأخذ لنفسه ، فيصير به غاصبا ضامنا .

الوجه الثالث : إذا ادعى أنه أخذها ليردها على المالك ، إلا أنه لم يشهد على ذلك ، ولكن صدّقه المالك ^(١) أنه أخذها ليردها على المالك ، وههنا لا ضمان ، وإن كذبه المالك في ذلك ، فادعى أنه أخذها لنفسه ، فعند أبي يوسف : القول قول الملتقط مع يمينه ؛ لأن الظاهر [شاهد له ؛ لأن الظاهر] ^(٢) مباشرة ما هو حلال ، والحلال ههنا الأخذ للرد على المالك .

وعند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - القول قول صاحب اللقطة ؛ لأن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه ما لم يقم دليل يدل على العمل للغير ، وذلك الدليل ههنا الإشهاد ، وإذا [٢ / ٢٦ / أ] ترك الإشهاد لم يوجد دليل العمل للغيره ، فعمل به بقضية الأصل .

وإن أشهد أنه التقطه لقطه ، أو ضالة ، أو قال : عندي لقطة فمن سمعتموه يطلب اللقطة فدلوه عليّ فلما جاء صاحبها قال : قد هلكت ، فهو مصدق ، ولا ضمان عليه ؛ لأنه تبين يصدر الكلام أنه أخذ للرد وأنه أمين فيها ، وقول الأمين في دعوى الهلاك

(١) سقط من (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

مقبول، ولا يضره أن لا يسمى^(١) جنسها ولا صفتها في التعريف؛ لأن ترك تسمية ذلك لتحقيق الحفظ على المالك، حتى لا يسمع ذلك إنسان فيدعيها لنفسه ويرفع^(٢) الأمر إلى القاضي^(٣) يرى الاستحلاف لنصب العلامة، وفيه خلاف ظاهر^(٤) على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - . ولو وجد لقطتان أو ثلاثة وقال : من سمعتموه ينشد لقطه فدلوه عليّ، فهذا [٣٩ / ٢ ب] تعريف للكل، ولا ضمان إن هلك^(٥) عنده^(٦).

وفي^(٧) فتاوى أهل سمرقند : [إذا وجد]^(٨) لقطه في طريق أو مفازة ولم يجد أحدا يشهده عليه عند الأخذ، قال : يُشهد إذا ظفر بمن يشهد عليه، فإذا فعل ذلك لا يضمن؛ لأنه ليس في وسعه أكثر من هذا . وإن وجد من يشهده فلم يُشهد حتى جاوزه ضمن، ولأنه^(٩) ترك الإشهاد مع القدرة عليه^(١٠).

وإذا التقط لقطه ليعرفها، ثم ردها، [إلى مكانها الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها، وإن هلك قبل أن يصل إليها صاحبها أو استهلكها غيره^(١١) لأن الأخذ

(١) في (ج) « ولا يضره أن يسمى » .

(٢) في (ب) « ويرفعها » .

(٣) في (ب) « قاضي » .

(٤) في (د) « الظاهر » .

(٥) في (ج) « إن هلك الكل عنده » .

(٦) مختصر الطحاوي ص (١٤٠) ، والمبسوط (١١ / ١١ - ١٣) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٣٥٤) ، و

بدائع الصنائع (٦ / ٢٠١) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٥) .

(٧) في (ج) « في » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « لأنه » .

(١٠) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٥ ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٠) ، وفتاوى الهندية (٢ /

٢٩١) .

(١١) في (ب) « غيرها » .

ليردها على المالك ^(١) لا يصلح سبباً للضمان والرد إلى مكانه ^(٢) لا يصلح سبباً فامتنع وجوب الضمان . قال الحاكم الشهيد في إشارات : إن ماذكر في الكتاب محمول على ما (إذا أعادها إلى مكانها قبل أن يحولها عن ذلك الموضع أما) ^(٣) إذا أعادها بعدما حولها ضمن ، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر .

وروي عن محمد أنه إذا مشي خطوتين أو ثلاث خطوات ثم ردها ووضعها ^(٤) في الموضع الذي أصابها فيه برئ من الضمان فلم يعتبر هذا القدر من التحويل . وإن كان أخذها لنفسه ثم ردها إلى مكانها ^(٥) فهو ضامن لها ؛ لأنه ^(٦) صار ضامناً بالأخذ ، والضمان متى وجب لا تقع البراءة عنه ^(٧) إلا بالرد على المالك ، والإعادة إلى مكانها ليس برد على المالك ، وهو نظير ما لو غصب من آخر دابة ، ثم ردها على مالكها ، فلم يجدها وربطها على [آريها] ^(٨) ^(٩) .

وفي المنتقى : عن أبي يوسف : إذا ^(١٠) ردها إلى مكانها من غير أن ذهب بها [فلا

(١) في (ج) « مالكها » .

(٢) في (ج) « والرد إلى مكانه لا يصلح سبباً للضمان » . ولعلها مكررة .

(٣) مابين القوسين سقط من (ج) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) « مكانه » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « لأنها » .

(٧) في (د) « لا يقع عنه البراءة عنه » .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) « أربابها » ، وفي (د) « بابها » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) المبسوط (١١ / ١٣) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢٠١) ، وفتاوى قاضيهان (٣ / ٣٩٢) .

والآري : هو المعلق عند العامة ، وهو مراد الفقهاء ، وعند العرب : الأخيّة ، وهي عروة حبل تشد بها الدابة في محبسها فاعول من تاري بالمكان إذا أقام فيه وقيل : هو الاصطبل : أي مأوى الدواب .

المغرب (٢٤) ، ولسان العرب (١٤ / ٢٨) والمصباح المنير (١ / ١٢) ، والقاموس المحيط (١٦٢٥) .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « أنه » .

ضمان من غير فصل بين ما إذا أخذها لنفسه أو أخذها ليعرفها ، فإذا ذهب بها ^(١) ثم ردها إلى مكانها ^(٢) ضمن على كل حال ، وقيل : إذا اعتقد مع الإشهاد أنه يأخذ لنفسه فهو ضامن فيما بينه وبين الله - تعالى - . وإذا اعتقد التعريف مع ترك الإشهاد فلا ضمان ، وقيل : هذا التفصيل ^(٣) فيما إذا أخذها لنفسه ، أما إذا أخذها ليعرفها فلا ضمان من غير تفصيل ، ^(٤) كما [ذكر] ^(٥) في الكتاب [٣ / ٢٥٤ / د] .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) ، و (ج) « مكانه » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) المبسوط (١٣ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠١ / ٦) ، وفتاوى قاضيان (٣٩٢ / ٣) .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « ذكرنا » ، والتصويب من باقي النسخ .

الفصل الرابع

في الخصومة في اللقطة ، والاختلاف فيها ، والشهادة .

في المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل التقط لقطة ، وضاعت منه ، ثم وجدها في يد رجل آخر فلا خصومة بينهما ، قال : وليس الملتقط في هذا كالمستودع ، والفرق : وهو أن المستودع مأمور بالحفظ^(١) من جهة المالك أيضا ، ولا يتهيا له الحفظ إلا بالاسترداد^(٢) [فكان مأموراً من جهة المالك بالاسترداد]^(٣) والخصومة ، ولا كذلك الملتقط^(٤) .

إذا وجد الرجل لقطة ، وهي دراهم أو دنانير ، فجاء رجل وادعى أنها له ، وسمى وزنها وعددها ووعاءها وإجانها^(٥) ^(٦) فلم يصدقه الملتقط ، فعلى قول مالك : يجبر الملتقط على ردها^(٧) إليه ، وعلى قول علمائنا : لا يجبر ؛ بل له الخيار^(٨) ؛ إن شاء دفعها ، وإن شاء أبى حتى يقيم البينة ؛ لأن إصابة العلامة محتمل في نفسه قد يكون ذلك^(٩) جزافا ، وقد يعرف الإنسان ذلك في ملك غيره ، وقد يسمع من مالكة عند طلبه ، والمحتمل لا يكون حجة الإلزام^(١٠) ، فإن [دفعها]^(١١) إليه أخذ منه كفيلا نظرا منه

(١) في (ج) « في الحفظ » .

(٢) في (ج) « باسترداد » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٤) عيون المسائل (٣٧٤ / ٢) ، ومختصر الطحاوي ص (١٤٠) .

(٥) في (ج) « وأصابها » .

(٦) الإجانة : بتشديد الجيم : إناء تغسل فيه الثياب ، ويسمى : المركن ، والجمع : أجاجين .

المغرب (٢١) ، وطلبة الطلبة (٢٣) والمصباح المنير (٦ / ١) ، ولسان العرب (٨ / ١٣) ،

القاموس المحيط ص (١٥١٦) .

(٧) في (ج) « دفعها » .

(٨) في (ج) « بل بخير » .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) في (ج) « حجة للإلزام » .

لنفسه ، فلعل^(١) يأتي مستحقها فيضمنها إياه ، ولا يتمكن من الرجوع على هذا الآخذ ؛ لأنه يخفي شخصه فيحتاط^(٢) بأخذ الكفيل . وإن صدقه دفعها إليه^(٣) ^(٤) .

ولم يذكر محمد في الأصل أنه إذا أبى هل يجبر على الدفع ؟ ، وقد اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : لا يجبر ، وقاسه على ما إذا كان في يدي رجل ودیعة ، جاء رجل ، وقال : أنا^(٥) وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه ؛ لأنه أقر بحق القبض في ملك الغير فكذا هذا .

وبعضهم قالوا : يجبر على الدفع إليه^(٦) ، بخلاف مسألة الوديعة ، والفرق : أن^(٧) في مسألة الوديعة : الملك لغير الذي حضر ظاهر في الوديعة ، وأما^(٨) في اللقطة فليس لغير الذي حضر ملك ظاهر ، ثم إذا دفعها إليه في هذه الصورة ، فجاء آخر ، وأقام بينة أنها له ؛ إن كان العين قائما في يد القابض يقضي بالعين للمدعي ، فإن^(٩) كان هالكا كان للمدعي خيار في التضمن . فإن ضمن القابض ، فالقابض لا يرجع على الملتقط وإن ضمن الملتقط فالملتقط هل يرجع على القابض ؟ . ذكر هذه المسألة في كتاب اللقطة في موضعين . قال في موضع : يرجع [وقال في موضع : لا يرجع]^(١٠) ومن^(١١) المشايخ من وفق

(١١) مابین المعقوفين في (أ) « دفع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١) في (ب) ، و (ج) « فله » .

(٢) في (ب) « فيحطاط » .

(٣) مختصر الطحاوي ص (١٤٠) ، واللباب (٢١١ / ٢) ، والمبسوط (٨ / ١١) ، وبدائع الصنائع (

٢٠١ / ٦) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٠) . والمدونة (٦ / ١٧٤ - ١٧٥) ، والشرح الصغير

للرددير (٥ / ٤٦٧) ، ومواهب الجليل (٤ / ١٨٨) ، والكافي لابن عبد البر (٢ / ٨٣٦) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ج) « إني » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « فأما » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « وإن » .

(١٠) مابین المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

بين الروائيتين ، والأصح : أن في المسألة روايتين ، والاعتماد على رواية الرجوع^(١) .
 وإذا وجد شاة ، أو بقرة ، أو بغيراً ، وحبسها ، وأنفق^(٢) عليها في مدة التعريف ، ثم
 جاء رجل وأقام بينة أنها له لم يرجع عليه بما أنفق إلا إذا كان الإنفاق بأمر القاضي . وإذا
 رفع [٩ / ٦ / هـ] الأمر إلى القاضي فالقاضي^(٣) لا يأمره بالإنفاق ما لم يقيم بينة أنه
 التقطها نظراً للمالك^(٤) ، وقدمنا^(٥) نظيره قبل هذا^(٦) ، فإن قال : لا بينة لي . فالقاضي
 يقول له : أنفق عليها إن كنت صادقاً ، فإن كان صادقاً يرجع ، وإن كان كاذباً لا^(٧) يرجع
 قالوا : [٢ / ٤٢٧ / أ] إذا كانت اللقطة شيئاً يخاف عليها الهلاك متى لم ينفق [عليها
 بأمر القاضي]^(٨) إلا أن يقيم البينة فالقاضي يقول له : أنفق عليها إن كنت صادقاً . فإن
 أقام البينة^(٩) عند القاضي يأمره بالإنفاق يومين أو ثلاثة ، بعد هذا إن كانت اللقطة شيئاً
 يمكن إجارتها تؤاجر^(١٠) وينفق عليها من الأجر^(١١) . وإن كانت شيئاً لا يمكن إجارتها ،
 باعها القاضي له^(١٢) بنفسه ، أو أمر الملتقط بالبيع وأعطى الملتقط من الثمن ما أنفق بأمره ،

(١) في (ب) ، و (ج) « من » .

(١) مختصر الطحاوي (١٤٠) ، واللباب في شرح الكتاب (٢ / ٢١١) ، والمبسوط (٨ / ١١) ، وفتاوى

قاضيخان (٣ / ٣٩٠) ، و (٣ / ٣٩٥) .

(٢) في (ب) « اتفق » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) عيون المسائل (٢ / ٣٧٤) ، واللباب (٢ / ٢٠٩) .

(٥) في (ب) « وقد بينا » .

(٦) في الفصل الثاني من كتاب اللقطة ص (٥٥٣) وما بعدها

(٧) في (ج) « وإن كان كان ما » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، والتصويب من (د) ، وفي (ب) « متى لم

ينفق لم يأمر القاضي عليها » ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٩) في (ب) ، و (ج) « بينة » .

(١٠) في (ب) « يؤاجر » وفي (ج) « يؤجره » .

(١١) في (ج) « أجرها » .

(١٢) في (ب) « باعها القاضي بنفسه » ، وفي (ج) « باعها له القاضي بنفسه » .

وإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام بينة فقضى القاضي بها^(١) له وقضى عليه بما أنفق الملتقط ، كان للملتقط أن يحبسها منه حتى يعطيه ما أنفق ، وهذا لا يشكل فيما إذا أمر بالإنفاق على أن يكون ديناً على صاحبها . أما إذا لم يشترط ذلك فظاهر ما ذكر في هذا الكتاب يقتضي الرجوع . قال شيخ الإسلام : يجب أن يكون^(٢) في المسألتين روايتان^(٣) ، على نحو ما بينا في اللقيط^(٤) .

في المنتقى : إذا قال لرجل : وجدت لقطة فضاعت في يدي ، وقد كنت أخذتها لأردها على المالك^(٥) ، وأشهدت بذلك . وكان الأمر كما قال من الأخذ للرد على المالك والإشهاد بذلك ، إلا أن صاحبها يقول ما كانت لقطة فإنما^(٦) وضعتها بنفسي لأرجع [وأخذها]^(٧) . فإن كان في موضع ليس بقربه أحد أو كان في طريق فالقول قول الملتقط . إذا حلف أنها ضاعت عنده ، وإن كان لا يدري ما قصتها^(٨) ضمن الملتقط . وإن قال صاحبها : أخذتها من منزلي ، وقال الملتقط : أخذتها من الطريق . ضمن ، وإن وجدها في دار قوم ، أو في دهليزهم ، أو في دار فارغة ضمن^(٩) إذا قال صاحبها : وضعتها لأرجع وأخذها^(١٠) . والأصل في ذلك كله : أن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان بقضية الأصل ، إلا إذا كان الأخذ على وجه الحفظ ، بأن يكون في الطريق ،

(١) في (ج) « ففضى به القاضي له » . وفي (د) « ففضى بها له » .

(٢) في (د) « تكون » .

(٣) عيون المسائل (٣٧٤/٢) ، ومختصر الطحاوي ص (١٤٠) ، واللباب (٢٠٩/٢) ،

والمبسوط (٩/١١) ، وفتاوى قاضيخان (٣٩٥/٣) ، والهداية (١٧٦/٢) .

(٤) انظر ص (٥٢٤) في الفصل الثالث من كتاب اللقيط ، في مسألة الإنفاق على اللقيط .

(٥) في (ج) « مالكها » .

(٦) في (ج) « وإنما » .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، و « آخذ » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٨) في (ب) « ما قبضها » .

(٩) سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ج) « فأخذها » .

ويكون في مكان لا يكون بقربه أحد؛ لأنه يُعَرَّضُ التوى والتلف إذا كان بهذه الصفة ، فكان الأخذ للرد على المالك والحالة هذه من باب الحفظ، مما لم^(١) يعلم بذلك^(٢) فيه بقضية الأصل .

وفي الأصل : إذا قال المالك : أخذت مالي غصبا . وقال^(٣) الملتقط : كانت لقطة وقد أخذتها [لك]^(٤) فالملتقط ضامن من غير تفصيل^(٥) .

وإذا كانت اللقطة في يدي مسلم ، قادعاها رجل ، وأقام^(٦) عليه البينة ، وأقر الملتقط بذلك أو لم يقر ، ولكن قال : لا أردّها عليك إلا عند القاضي . فله ذلك ، وإن ماتت في يده عند ذلك فلا ضمان^(٧) .

في المنتقى : وإذا كانت اللقطة في يدي مسلم ، ادعاها رجل ، وأقام على ذلك شاهدين كافرين لا تقبل^(٨) هذه الشهادة . وإن كانت في يدي^(٩) كافر ، وباقي المسألة بحالها فكذلك قياسا ، لا أدري^(١٠) لعلها ملك مسلم ، وفي الاستحسان : تقبل^(١١) هذه^(١٢) الشهادة ؛ لأن المستحق بهذه الشهادة في الحال اليد وإنها للكافر ، فأما الملك^(١٣) فكما

(١) مابين المعقوفين في (أ) « مالم » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (جـ) « يعلم ذلك العمل » .

(٣) في (جـ) « كان » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٩٥) ، وفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٢) .

(٦) في (جـ) « فأقام » .

(٧) الفتاوى التتارخانية (٥ / ٥٩٩) ، وفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٢) .

(٨) في (ب) « لا يقبل » .

(٩) في (د) « يد » .

(١٠) في (جـ) « لأنني أدري » .

(١١) في (ب) « يقبل » .

(١٢) سقط من (جـ) .

(١٣) في (جـ) « الكل » .

[يتوهم أن يكون للمسلم ^(١) يتوهم أن يكون للكافر، فيتعارض الموهومان فسقط ^(٢) اعتبارهما وبقيت العبرة لليد . وإن كان في يد كافر ومسلم لم تجز شهادتهما على واحد منهما قياسا ، وفي الاستحسان : جازت الشهادة على الكافر ، وقضى بما في يد الكافر لما قلنا ^(٣) .

في المنتقى : بشر عن أبي يوسف : سارق دفع إلى رجل متاعا، فينبغي للمدفع إليه أن يتصدق به إذا لم يعرف صاحبه [وإن عرف صاحبه ^(٤) رده ^(٥) ، ولا يدفعه إلى السارق] ، ولا ينبغي له ذلك ؛ لأنه ^(٦) لو وصل إلى أخذه ينبغي له أن يأخذه ويرد على صاحبه ^(٧) وهو مأجور في ذلك، فكيف يدفعه إلى السارق ^(٨) بعد ما وصل إليه ^(٩) ؟ [٢/٥٦٦ ج] ، انتهى ^(١٠) [والله أعلم] ^(١١) [بالصواب ، تم كتاب اللقطة من المحيط البرهاني بحمد الله وحسن توفيقه] ^(١٢) .

(١) مابين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٢) في (ج) « فيسقط » .

(٣) المبسوط ١١/١٥ ، والفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٢) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) ، و (ج) « رده عليه » .

(٦) في (ج) « لا ترى أنه لو وصل » .

(٧) في (ج) « المالك » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) لم أجده .

(١٠) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

كتاب الإباق^(١)

هذا الكتاب يشتمل على ستة فصول .

[الفصل^(٢) الأول : في أخذ الآبق .

(الفصل الثاني)^(٣) : في بيان مقدار الجعل .

الفصل الثالث : في بيان من يستحق الجعل ومن لا يستحق الجعل .

الفصل الرابع : في بيان وجوب الضمان على الآبق .

(١) الإباق : لغة من أبقَ العبد أبقاً : إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كدّ عمل .
وقال الأزهري : الأبقُ : هروب العبد من سيده ، والإباق بالكسر : اسم منه فهو آبق ، والجمع
أُباق مثل : كافر وكفار .

المصباح المنير (٢/١) ، ولسان العرب (٣/١٠) ، والقاموس المحيط ص (١١١٦) .
واصطلاحاً : هو اسم الرقيق يهرب من مولاه كذا عرفه الكاساني ، وقيل : هو مملوك فرّ من مالكة
قصداً مُعْتدّاً .

قال الإمام السرخسي : « اعلم بأن الإباق تمرّد في الانطلاق ، وهو من سوء الأخلاق ، ورداءة في
الأعراق ، يُظْهِرُ العبد من نفسه فراراً لتصير ماله دماراً ، فردّه إلى مولاه ، وإعادته إلى مئواه إحسان
وامتنان وإنما جزء الإحسان الإحسان ، فالكتاب لبيان الجزاء المستحق للراد في الدنيا مع ماله من
الأجر في العقبى » . المبسوط (١٦/١١) .

قال العلامة أحمد الشلبي : « وهذه الكتب أعني اللقيط واللقطة والآبق والمفقود لتناسبها لما
فيها من معنى التوى والتلف توالى بعضها فوق بعض » . حاشية تبين الحقائق (٣/٣٠٧)
المبسوط (١٦/١١) ، طلبة الطلبة (١٩٥) ، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٣) ،
والمغرب (١٧) ، وتبيين الحقائق (٣/٣٠٧) ، وأنيس الفقهاء (١٨٩) ،
والبنية شرح الهداية (٦/٧٩٢) ، ورد المختار (٦/٤٤٧) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفى بالترقيم بالأرقام .

الفصل الخامس : في بيان الاختلاف الواقع في الإباق .

الفصل السادس : في تصرفات الآبق^(١) .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) ذكر ترتيب الفصول بالأرقام لا بالأحرف .

الفصل الأول

في أخذ الآبق ، وما يصنع به^(١) ، بعد الأخذ .

ذكر شمس الأئمة السرخسي^(٢) في شرح المبسوط^(٣) : أنه ينبغي للراد أن يأتي بالآبق إلى الإمام . وذكر شمس الأئمة الحلواني [في شرحه : أن الراد بالخيار [٦ / ١٢ / هـ] إن شاء حفظ [بنفسه]^(٤) ، وإن شاء دفعه إلى الإمام .

قال - رحمه الله - : وكذلك [الضال]^(٥) ، والضالة^(٦) ، الواحد فيه بالخيار [٧ / ٨]^(٧) .

قال شمس الأئمة الحلواني إذا جاء به إلى^(٨) القاضي ، وقال : هذا عبد آبق أخذته ، هل يصدقه القاضي من غير بينة ؟ ، فقد اختلف المشايخ فيه ، ثم إذا صدقه وأخذه منه حبسه [إلى أن يحضر له طالب]^(٩) ويكون هذا الحبس بطريق التعزير^(١٠) ، ومن هذا المعنى يقع الفرق بين الآبق^(١١) [والضال والضالة]^(١٢) فإن القاضي [لا

(١) سقط من (ب) .

(٢) سقط من (د) .

(٣) في (ج) « في شرحه » .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) « نفسه » . والتصويب من (ب) ، و (د) .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) « الضالة » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) ، و (د) « والضلالة » .

(٧) المبسوط (١٩ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٣ / ٦) ، والهداية (١٧٨ / ٢) ، وتبيين الحقائق (٣ /

٣٠٩) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٢٢٢) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) و (هـ) .

(١١) في (ب) « التعذر » .

(١٢) سقط من (ب) .

(١٣) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « الضالة والضلالة » ، والتصويب من (ج)

يحبسهما^(١)؛ لأنهما لا يستحقان التعزير، ولا كذلك^(٢) الأبق ، وينفق عليه في مدة الحبس من بيت المال ؛ لأنه محتاج إلى النفقة عاجز عن الكسب مادام محبوساً . ولو أمره القاضي ليخرج ويكسب يابق ثانياً ، فكان النظير^(٣) في الإنفاق عليه من بيت المال^(٤) .

إذا حبسه الإمام فجاء رجل ، وأقام بينة أنه عبده ، قبل القاضي بينته ، ولم يذكر [٢ / ٤٢٨ / ١] محمد أن القاضي هل ينصب^(٥) [له]^(٦) خصماً؟ .

قال شمس الأئمة الحلواني : اختلف المشايخ فيه . بعضهم قالوا^(٧) : القاضي ينصب خصماً ، ثم يقبل هذه البينة . وبعضهم قالوا : يقبل القاضي هذه البينة من غير أن ينصب عنه خصماً ، وطريقه^(٨) ما ذكرنا قبل هذا .

قال : ويحلف المدعي بالله ما بعته ، ولا وهبته . ثم يدفعه^(٩) إليه ، فإن قيل : كيف يستحلف^(١٠) ، وليس ههنا خصم [٣ / ٢٥٥ / د] حاضراً يدعي ذلك ؟ ، قلنا : يستحلف^(١١) صيانة^(١٢) لقضائه ، أو يستحلف^(١٣) نظراً لمن^(١٤) هو عاجز عن النظر لنفسه

(١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « لا يحبسها » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٢) في (ب) « وكذلك » .

(٣) في (ب) « النظر » .

(٤) المبسوط (١٩ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٣ / ٦) ، والهداية (١٧٨ / ٢) ، وتبيين

الختائق (٣٠٩ / ٣) .

(٥) في (ب) « ينتصب » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٧) في (ب) « قال » .

(٨) في (ب) « فطريقه » .

(٩) في (ج) « يدفع » .

(١٠) في (ج) « يستحلفه » .

(١١) في (ج) « يستحلفه » .

(١٢) سقط من (ج) .

(١٣) في (ب) ، و (ج) « يستحلفه » .

(١٤) في (ب) « لما » .

بنفسه من مشتري أو موهوب [له] ^(١)، فإذا حلف دفعه إليه ^(٢) .

وهل يأخذ منه كفيلاً ؟ ذكر في رواية أبي حفص : لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً ولو أخذ لا يكون مسيئاً . وذكر في رواية أبي سليمان : أحب إليّ أن يأخذ منه كفيلاً ، ولو لم يأخذ [لا يكون مسيئاً] ^(٣) . واختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وما ذكر في رواية أبي سليمان قولهما ، بناء على أن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يرى أخذ الكفيل للمجهول ، وهما يريان ذلك . ومنهم من قال : في المسألة روايتان ، وهو الأصح ، ولكن ما ذكرنا في رواية أبي سليمان أحوط ؛ لجواز أن يظهر له مستحق آخر ^(٤) .

وإن لم يكن للمدعي بينة ، وأقر العبد أنه عبده دفعه إليه ، وأخذ منه كفيلاً ؛ لأن العبد مع المدعي تصادقا على أنه ملك المدعي ولا منازع ههنا ^(٥) . ولم يذكر في الكتاب أن القاضي يتخير في الدفع إليه أو يجب عليه الدفع ، إنما ذكر : دفعه إليه . وقد اختلف المشايخ [فيه] ^(٦) ، وإنما يأخذ الكفيل ههنا ؛ لأن الدفع إليه بماليس بحجة عند القاضي ، فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل ، بخلاف الفصل الأول على إحدى الروايتين ^(٧) .

فإن لم يجئ للعبد طالب وطال ^(٨) ذلك ، باعه القاضي ، وأمسك ^(٩) ثمنه ، ولا يؤاخره ؛ [بخلاف العبد الضال إذا جيء به إلى القاضي فالقاضي لا يبيعه ، بل

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) المبسوط (١٩ / ١١) ، والفتاوى البزائية (٢٢٢ / ٦) ، والبنية (٧٩٣ / ٦) .

(٣) ما بين المعقوفين في (ج) « كان في سعة منه » .

(٤) المبسوط (٢٠ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٣ / ٦) ، والبنية (٧٩٣ / ٦) .

(٥) في (ج) « لهما » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) المبسوط (٢٠ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٣ / ٦) ، والفتاوى البزائية (٢٢٢ / ٦) .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « وطالب » . ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) « وبمسك » .

يؤاجره^(١) لأن الآبق لا يؤمن [بأن يأبق]^(٢) ثانيا لو أجره . ولو لم^(٣) يبعه ربما تأتي^(٤) نفقته على جميع ثمنه ، فكان البيع أنفع في حق المولى ولا كذلك الضال ، فإنه يؤمن منه الإباق فكان الإجارة ، وفيها^(٥) إبقاء العين على ملك المولى أنفع^(٦) في حق المولى ، ثم القاضي يرجع بما أنفق على الآبق مدة حبسه في ثمنه إن باعه . وإن حضر مولاه يرجع عليه بذلك^(٧) .

أخذ الآبق لمن^(٨) يقدر على أخذه^(٩) أفضل من الترك ، وفي أخذ^(١٠) الضال يختلف المشايخ^(١١) .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « ولم يبعه » .

(٤) كذا في (ج) ، و (د) ، وفي (أ) ، و (ب) « يأتي » .

(٥) في (ب) « فيه » .

(٦) في (ب) « وذلك أنفع » .

(٧) المبسوط (٢١ / ١١) ، و عيون المسائل (٣٧٢ / ٢) ، وبدائع الصنائع (٢٠٣ / ٦) ، وتبيين

الحقائق (٣٠٨ / ٣) ، والبنية (٧٩٣ / ٦) ، ورد المختار (٤٥٥ / ٦) .

(٨) في (ج) « لم » .

(٩) في (ب) ، و (د) « أخذ » .

(١٠) في (ج) « حال » .

(١١) المبسوط (٢٦ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٤ / ٦) ، والهداية (١٧٨ / ٢) ، ورد المختار ٦ /

الفصل الثاني

في بيان مقدار الجعل^(١)

إذا^(٢) أخذ آبقا [٢ / ٤٠ / ب] ، ورده على مولاه ؛ إن^(٣) أخذه من مسيرة سفر أو أكثر^(٤) وقيمته أكثر من أربعين درهم [^(٥)] فله أربعون درهما لا يزداد عليه [وإن كان قيمته أربعين ينقص عن^(٦) الأربعين درهم عند محمد وهو قول أبي يوسف الأول ، وفي قوله الآخر : له الجعل كاملاً^(٧) ؛ لأن وجوب الجعل عرف بإيجاب الصحابة رضوان الله عليهم ، وهم أوجبوا أربعين درهماً من غير أن يتعرضوا لقيمة العبد [^(٨)] وإن كان قيمته دون أربعين درهما فعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول يحط عن قيمته درهم ويجب الباقي ، حتى إذا كانت قيمته عشرة دراهم ، يجب تسعة دراهم وعلى قول أبي يوسف الآخر يجب الجعل كاملاً .

وروي عن أبي يوسف رواية أخرى فيما إذا كانت^(٩) قيمته أربعين أنه ينقص من الجعل ما يقطع فيه اليد .

وإن كان الأخذ^(١٠) في المصر أو خارجاً منه ولكن مما دون مسيرة سفر^(١١) يرضخ^(١٢)

(١) الجُعْل بضم الجيم : الأجر ، يقال : جعلت له جُعْلاً ، والجعالة مثلثة الجيم والجُعيلة : لغات في الخمل ، وقيل : هو : ما جعل للإنسان من شيء على الشيء يفعل .

طلبة الضلعة (١٩٥) ، والمغرب (٨٤) ، والمصباح المنير (١٠٨ / ١) ، والقاموس المحيط (١٢٦٣) .

(٢) في (ج) « وإذا » .

(٣) في (ب) « إن كان أخذه » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (ج) ، والتصويب من (د) .

(٥) في (د) « من » .

(٦) في (ج) « حملاً » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) سقط من (ج) ، وفي (ب) « كان » .

(٩) في (ج) « أخذه » .

(١٠) في (ج) « السفر » .

له . هكذا ذكر في الأصل .

وفي المجرد عن أبي حنيفة : إذا وجدته في المصرف فلا شيء له : ثم إذا وجب الترضيخ^(١) : إن اصطلاح الراد والمردود عليه على شيء فللراد ذلك ؛ وإن اختصما عند القاضي فالقاضي يقدر الرضخ على قدر المكان . هكذا قاله بعض المشايخ^(٢) . وتفسيره : أنه وجب للراد من مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهما ، فيكون بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم ، فيقضي بذلك إن رده من مسيرة يوم . وإليه أشار في الكتاب . وبعضهم قالوا : يفوز إلى رأي الإمام ، وهذا أيسر^(٣) بالاعتبار^(٤) .

قال محمد في الأصل : والحكم في رد الصغير كالحكم في رد الكبير [إن رده من مسيرة السفر فله أربعون درهماً ، وإن كان رده (مما دون)^(٥) مسيرة السفر ، فله الرضخ ويرضخ في الكبير]^(٦) أكثر مما يرضخ في الصغير إن كان الكبير أشدهما مؤنة . قالوا : وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان صغيراً [يعقل الإباح ، أما إذا كان صغيراً]^(٧) لا يعقل الإباح فهو ضال ، وراد الضال لا يستحق الجعل ، وقد نص على هذا التفصيل في المنتقى^(٨) .

(١١) الرضخ بالمعجمتين ، من قولهم : رضخ له من ماله ، يرضخ رَضْخاً . إذا أعطاه شيئاً قليلاً من كثير ، فاسم ذلك القليل : الرضيخة ، يقال : أعطاه رضيخة من ماله ورضاخة .
المغرب (١٩٠) ، وطلبة الطلبة (١٧٠) ، والمصباح المنير (٢٢٨ / ١) ، ولسان العرب (١٩ / ٣) ،
والقاموس المحيط (٣٢١) ، والبنية (٧٩٦ / ٦) .

(١) في (ب) ، و (ج) « الرضخ » .

(٢) في (ج) « مشايخنا » .

(٣) في (ج) « ليس » .

(٤) المبسوط (١١ / ١٧ ، ١١ / ٢١ ، ١١ / ٣٢) ، وانظر مختصر الطحاوي ص (١٤١) ، واللباب)

(٢١٧ / ٢) ، وتختة الفقهاء (٣ / ٣٥٦) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢٠٥) والبنية (٦ / ٧٩٦) .

(٥) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٨) المبسوط (١١ / ٣٠) ، والفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٦) .

وإذا^(١) كان الآبق بين رجلين فالجعل [٦ / ١٣ / هـ] عليهما ، على قدر أنصائبهما ، فإن كان [أحد]^(٢) المولين حاضرا والآخر غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطيه جعله كله ، وإذا أعطاه لم يكن متطوعا ؛ لأنه مضطر في أداء حصة صاحبه ، وهو نظير المشتريين صفقة واحدة إذا أدى أحدهما كل الثمن^(٣) . وإن كان الآبق لرجل ، والراد له^(٤) رجلان فالجعل بينهما على السواء^(٥) .

وإن كان الآبق رهناً ، فجاء به رجل ، فهو رهن على حاله ، والجعل على المرتهن إن كان قيمته مثل الدين ، [فإن كان أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن]^(٦) ؛ لأن الجعل للراد بسبب إحياء المالية ، والإحياء بقدر الدين جعل للمرتهن ، ألا ترى أنه لو لم يرده حتى تحقق^(٧) التوى^(٨) يسقط دين المرتهن والجعل يخالف النفقة ، فإن نفقة المرهون على الراهن ، وجعل المغصوب إذا أبق من يد الغاصب [على الغاصب]^(٩) ^(١٠) .

وإذا كان الآبق خدمته لرجل ، ورقبته لرجل ، فالجعل على صاحب الخدمة ؛ لأن منفعة الرد في الحال لصاحب الخدمة ، فكان هو المخاطب بالجعل في الحال . فإذا^(١١)

(١) في (ب) ، و (ج) « وإن » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) بدائع الصنائع (٢٠٤ / ٦) ، والفتاوى البزازية (٢٢٣ / ٦) .

(٤) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) المبسوط (٢٩ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٤ / ٦) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٧) في (ب) « يحقق » .

(٨) التوى : ذهاب مال لا يرجى من توى المال : هلك وذهب فهو توتوتار .

المغرب (٦٣) ، ولسان العرب (١٠٦ / ١٤) وأنيس الفقهاء (٢٢٥) .

(٩) المبسوط (٢٨ / ١١) ، وانظر اللباب (٢١٨ / ٢) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٤) ، والهداية (١٧٩ / ٣) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « وإذا » .

انقضت الخدمة رجع صاحب الخدمة بالجعل على صاحب الرقبة، أو يباع العبد فيه ؛ لأن صاحب الرقبة صاحب أصل^(١) .

ولم جاء بالعبد [٢/ ٤٢٩/ ١] الأبق أن يمسه حتى يستوفي الجعل لأنه استوجب الجعل بإحياء المالية ، فكأن المال^(٢) استوجب تعلقا بالمالية فيحبسه ، كما يحبس البائع المبيع بثمنه . وإن هلك في يده بعد ما قضى القاضي له بالإمساك بالجعل أو قبل المرافعة إلى القاضي فلا ضمان ولا جعل^(٣) .

وإذا صالح الذي جاء بالآبق مع مولاه من الجعل على عشرين درهما جاز ؛ لأنه يجوز^(٤) بدون حقه ، وإن صالح على خمسين درهما ولا يعلم^(٥) أن الجعل أربعون جاز بقدر أربعين ، وبطل الفضل^(٦) .

وإذا أبق الأمة ولها صبي رضيع ، فردهما رجل فله جعل واحد [إلا إذا راحق فيجب ثمانون درهما]^{(٧)(٨)(٩)} .

وإذا رجع [الواهب]^(١٠) في الهبة بعد ما رد^(١١) الموهوب عن^(١٢) إباقه ، فالجعل على

(١) رد المختار (٤٥٥/٦) ، والفتاوى الهندية (٢٩٧/٢) .

(٢) في (ب) « الماء » ، وفي (ج) « بما » ، وفي (د) « لما » .

(٣) الميسوط (٢٩/١١) ، و بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٣) .

(٤) في (ب) « جاز ، لا يجوز » .

(٥) في (ب) « وله لا يعلم » ، وفي (ج) « وهو لا يعلم » .

(٦) الفتاوى التتارخانية (٦٠٤/٥) ، والفتاوى الهندية (٢٩٧/٢) .

(٧) مابين العقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) البناء (٨٠٥/٦) ، ورد المختار (٤٥٣/٦) .

(٩) في هامش (د) : « وفي جامع الجوامع : مع الأمة رضيع فردهما رجل فله جعل واحد ، وإن كان

مراهقا فثمانون » . وأشار إلى أنه نقل المسألة من الفتاوى التتارخانية (٦٠٥/٥) .

(١٠) مابين العقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « الموهوب » والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(١١) في (ب) « بعد رد » .

الموهوب [له] ^(١)؛ لأن [الراد] ^(٢) أحيا المالية له [بالرد عليه] ^(٣) فزال ^(٤) ملكه بعد ذلك بالرجوع ، كزوال ملكه بموت العبد ^(٥) .

(١٢) في (ج) « من » .

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) « الرد » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ب) ، و (د) : « بالرد » ، والتصويب من (ج) .

(٤) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « فزال » .

(٥) الهداية (٢ / ١٨٠) وتبيين الحقائق (٣ / ٣١٠) ، والبنية (٦ / ٨٠٤) ، ورد المختار (٦ /

الفصل الثالث

في من يستحق الجعل و من لا يستحق .

قال محمد - رحمه الله - في الأصل : رَأَى المَكاتب لا يستحق الجعل ؛ لأن استحقاق الجعل بالرد لإحياء مالية الرقبة بالرد ، وذلك لا يوجد في المكاتب ؛ لأن حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ، ولا يصير^(١) ذلك على شرف الهلاك بإبقائه حتى يكون في الرد أجنبياً^(٢) .

ولراد المدبر وأم الولد الجعل^(٣) . وهذا الجواب مشكل في أم الولد ؛ لأن الجعل يستحق بإحياء المالية ، ولا مال^(٤) لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ، والجواب : ليس لها^(٥) مالية باعتبار [الرقبة، أما لها مالية باعتبار]^(٦) الكسب ، فإنه أحق بكسبها ، وقد أحياء^(٧) الراد بالرد ، بخلاف المكاتب ؛ لأن كسب المكاتب^(٨) لا حق^(٩) للمولى فيه ، فالراد بالرد لا يحيي مالية المولى لا باعتبار الرقبة^(١٠) ولا باعتبار الكسب [ولومات المولى قبل أن يصل بها إليه فلا يجعل ، وإن كان على المدبر سعاية ورده إلى الورثة فلا جعل لأنه ردّ حرّاً عندهما ، وعند أبي حنيفة - رحمهم الله - رد مكاتباً ولا يجعل المكاتب] .^(١١) ^(١٢) .

(١) في (ج) « ولم يصّر » .

(٢) كذا في (أ) ، و (د) ، وفي (ب) « غير منقوطة » ، وفي (ج) « إحياءه » .

(٣) في هامش (د) : « وفي شرح الطحاوي : إلا إذا مات المولى قبل أن يصل بهما إليه فلا جعل له » . وأشار إلى أنه نقله عن التتار خاينة (٦٠٥ / ٥) .

(٤) في (ج) ، و (د) : « لا مالية » .

(٥) في (ج) « والجواب أن لها » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) في (ب) ، و (ج) « أحياء » .

(٨) في (ج) « المكاتب له » .

(٩) في (ب) « لالحق » .

(١٠) في (ج) « لا باعتبار القيمة » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

ولا جعل للموصي^(١) إذا رد عبد اليتيم ، وكذلك كل من يعول صغيراً^(٢) . ولا جعل للسلطان إذا رد آبقاً ؛ لأنه فعل ما هو واجب عليه ، وكذلك « راه بان » و« شحنة كاروان »^(٣) إذا رد المال من بين^(٤) أيدي القطاع لا شيء^(٥) لهما^(٦) .

ولا جعل للابن إذا رد آبقاً لأبيه ، وللأب الجعل إذا رد آبقاً للابن إذا لم يكن الابن في عيال الأب^(٧) ، وهذا لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة في حق المولى ، وخدمة الأب مستحقة على الابن ، وإقامة ما هو مستحق على^(٨) الإنسان لا يقابل بالأجر ، فأما خدمة الابن غير مستحقة على الأب فيجوز أن يقابل بالأجر ، إلا أن الأب إذا كان في عيال الابن لا يستحق الجعل ؛ لأن آبق الرجل يطلبه من هو في عياله عادة ، ولهذا ينفق عليهم فلا يستحق^(٩) مع ذلك جعلاً آخر . وفي البقالي : روي أن الأب لا يستحق الجعل والابن يستحق^(١٠) .

ولا يستحق أحد الزوجين على صاحبه الجعل برد آبقه . والأخ يستحق الجعل على

(١٢) المبسوط (٢٨ / ١١) ، و (٣٠ / ١١) ، و بدائع الصنائع (٢٠٥ / ٦) ، والهداية (١٧٩ / ٢) .

(١) في (أ) « الموصي » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في هامش (د) : « وفي الهداية : « إن كان لصبي فالجعل في ماله » . وأشار إلى أنه نقله عن التتارخانية .

(٣) « راه بان » مثل « ديد بان » أي الذي يراقب الطرق والشوارع ويحفظها من اللصوص والقطاع .

والشحنة هو حافظ المدينة . رد المختار (٤٥١ / ٦) ، والفتاوى التتارخانية (٦٠٥ / ٥) .

(٤) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) في (ج) « فلا شيء » .

(٦) بدائع الصنائع (٢٠٥ / ٦) ، وتبيين الحقائق (٣٠٩ / ٣) ، والبنية (٨٠٤ / ٦) ، ورد المختار (٤٥١ / ٦) .

(٧) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « الابن » .

(٨) في (ج) « عليه » .

(٩) في (ج) « فلا يستوجب » .

(١٠) بدائع الصنائع (٢٠٥ / ٦) ، وتبيين الحقائق (٣٠٩ / ٣) ، ورد المختار (٤٥٢ / ٦) .

أخيه [وأخته]^(١) استحسننا ، إذا لم يكن الراد في عيال المردود عليه^(٢)^(٣) .
ولو^(٤) جاء بالعبد الآبق ليرده على المولى^(٥) فوجده قد مات ، قله الجعل في تركته^(٦) ، وإن لم يكن له مال سوى العبد^(٧) بيع^(٨) العبد وبدئ بالجعل^(٩) .
وإن كان الذي جاء به وارث الميت فلا يخلو : إما أن يكون^(١٠) ولده أو لم يكن ولده ؛ ولكن كان في عياله ، أو لم يكن ولده ولم يكن في عياله .
[إن لم يكن^(١١) ولده ولم يكن في عياله]^(١٢) أجمعوا^(١٣) أنه لو أخذه في حال حياة المورث ورده^(١٤) في حال حياة المورث أن له الجعل . وأجمعوا على أنه لو أخذه بعد وفاة المورث ورده أنه لا جعل له ، وأما إذا أخذه في حال حياة المورث ، وجاء^(١٥) به إلى المصر

-
- (١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .
(٢) بدائع الصنائع (٦ / ٢٥٠) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٣٠٩) ، ورد المختار (٦ / ٤٥٢) .
(٣) في هامش (د) : « وفي الينابيع وعلى هذا سائر الأقارب كالعم والخال وسائر ذوي الأرحام » .
وأشار إلى نقلها عن التاتارخانية (٥ / ٦٠٥) .
(٤) في (ب) « وآجبا » وفي (ج) « وإذا » .
(٥) في (ج) « مولاه » .
(٦) في هامش (د) : « وفي شرح الطحاوي : وإن كان عليه دين محيط بماله فله الجعل وهو أحق بالعبد حتى يُعطي الجعل » . وأشار إلى نقلها عن التاتارخانية (٥ / ٦٠٥) .
(٧) سقط من (ج) .
(٨) كذا في (ب) ، و (د) ، وفي (أ) « يبيع » ، و سقط من (ج) .
(٩) في (د) كتب بين السطور مقلوباً : « ثم قسم الباقي بين الغرماء » ، وأشار إلى نقلها عن التاتارخانية (٥ / ٦٠٦) .
(١٠) في (ب) ، و (ج) « كان » .
(١١) في (د) « يكن له » .
(١٢) مابين المعقوفين سقط من (ج) .
(١٣) في (ج) « أجمعوا على » .
(١٤) في (ب) « ورد » .
(١٥) في (ب) « وحاله » .

في حال^(١) حياته أيضا إلا أنه سلمه بعد موته^(٢) . قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : يجب الجعل له في حصة شركائه ، وقال أبو يوسف : لا يجب . وإن كان الراد ولدا أو لم^(٣) يكن ولدا ؛ ولكن كان في عياله لا يستحق الجعل على كل حال^(٤) .

رجل قال لغيره : إن عبيدي قد أبق إن وجدته فخذ . [٣ / ٢٥٦ / د] فقال المأمور : نعم ، فأخذه المأمور على مسيرة ثلاثة أيام ، وجاء به إلى المولى فلا جعل له ؛ لأن المولى قد استعان منه في رده عليه ، وقد وعد له الإعانة ، والمعين لا يستحق شيئا^(٥) .

أخذ آبقا من مسيرة سفر^(٦) ، وجاء به ليرده على المولى^(٧) فلما أدخله المصر^(٨) أبق منه قبل أن ينتهي إلى مولاه ، فأخذه رجل من^(٩) المصر ، وردّه على المولى فلا شيء للأول ؛ لأن سبب^(١٠) استحقاق الجعل إحياء المالية بالرد على المولى [ولم يوجد من الأول الرد (على المولى)^(١١) ويرضخ للثاني على قدر عنائه (على نحو ما بينا)^(١٢)] ولولم يأخذه الثاني وحده في هذه الصورة^(١٣) (وإن أخذه بعد ذلك)^(١٤) في المصر أو من^(١٥)

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « سلما بعد الموت » .

(٣) في (ب) « ولم » .

(٤) المبسوط (٣٢ / ١١) ، وانظر تحفة الفقهاء (٣٥٦ / ٣) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٤) .

(٥) عيون المسائل (٣٧٣ / ٢) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٢٢٣) ، ورد المختار (٦ / ٤٥١)

(٦) في (ج) « مسيرة ثلاثة أيام » .

(٧) في (ج) « مولاه » .

(٨) في (د) « إلى المصر » .

(٩) في (ج) « في » .

(١٠) في (ب) « لاسبب » .

(١١) ما بين القوسين سقط من (د) .

(١٢) ما بين القوسين سقط من (د) .

(١٣) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(١٤) في (د) « وإنما أخذه مع الأول » .

(١٥) في (د) « في » .

مسيرة يوم (ورده على المالك)^(١) فللأول^(٢) نصف الجعل تاما^(٣) ويرضخ للثاني^(٤)]
على قدر عنائه لأنهما عما السبب بالرد على المولى^(٥) ويجعل في حق المولى كأنهما
رداه من^(٦) مسيرة السفر . ذكره في الأصل^(٧) .

وفي المنتقى : جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام ليرده على المولى فأخذه منه غاصب
وجاء به الغاصب إلى مولاه ، ثم جاء الآخذ أول مرة وأقام بينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة
أيام أخذ الجعل ثانيا من المولى ، ورجع^(٨) المولى على الغاصب بما أخذ منه^(٩) .

وفيه أيضا : لو^(١٠) أخذ آبقا من مسيرة ثلاثة أيام ، وجاء به يوما ، ثم أبق العبد
منه^(١١) وسار يوما نحو المصر الذي فيه المولى وهو لا يريد الرجوع إلى المولى ، ثم إن ذلك
الرجل أخذه ثانيا ، وجاء به اليوم الثالث وجاء به^(١٢) إلى المولى فله جعل اليوم الأول
والثالث^(١٣) وهو ثلثا^(١٤) الجعل . ولو كان العبد^(١٥) حين أبق من الذي أخذه ،

(١) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(٢) في (د) « فإن للأول » .

(٣) سقط من (د) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) ، و (ج) « في » .

(٧) المبسوط (٣٠ / ١١) ، وانظر عيون المسائل (٣٧١ / ٢) .

(٨) في (ج) « ويرجع » .

(٩) البناية (٨٠٥ / ٦) ، والفتاوى الهندية (٢٩٨ / ٢) .

(١٠) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) في (ب) ، و (د) « ودفعه » ، وفي (ج) « فدفعه » .

(١٣) في (ب) « والثاني » .

(١٤) في (ب) « بلغنا » .

(١٥) سقط من (ج) .

وجده^(١) مولاه [وأخذه، أو أبق من الذي أخذه ، ثم بدا له فيرجع إلى مولاه]^(٢) [فلا جعل للذي [٦ / ١٤ / هـ] أخذه . ولو كان العبد فارق الذي أخذ وجاء متوجهاً إلى مولاه]^(٣) لا يريد الإتيان فلأول جعل يوم^(٤) .

وفيه أيضاً : [٢ / ٤٣٠ / ١] أخذ عبداً آبقاً ودفعه إلى رجل ، وأمره أن يأتي به مولاه ، ويأخذ منه الجعل فيكون له - يعني : للمأمور - فقدم به ودفعه إلى مولاه ، وأخذ^(٥) الجعل منه^(٦) يكون له^(٧) . قال ثمة : وهو بمنزلة دين [٢ / ٥٦٧ / جـ] لرجل على رجل ، وهبه من رجل ، وأمره [بقبضه]^(٨) فقبضه^(٩) .

في الأصل : عبد أبق إلى بعض البلدان فأخذه منه^(١٠) رجل ، واشتراه منه آخر^(١١) ، وجاء به لا جعل له^(١٢) ؛ لأنه^(١٣) إنما رده لنفسه ، فإن المشتري يكون قاصداً تملك^(١٤) المشتري ، فيكون غاصبا في حق المولى لا عاملاً^(١٥) له في الرد ، فإن كان حين اشتراه أشهد

(١) سقط من (ب) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) الفتاوى البرازية (٦ / ٢٢٢) ، والفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٨) .

(٥) في (ب) ، و (جـ) « أخذ » .

(٦) في (ب) « عنه » .

(٧) في (ب) ، و (جـ) « ويكون له » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، وفي (ب) « يقبضه » والتصويب من (جـ) .

(٩) الفتاوى البرازية (٦ / ٢٢٣) ، والفتاوى التتارخانية (٥ / ٦٠٧) .

(١٠) سقط من (جـ) .

(١١) في (جـ) « منه رجل آخر » .

(١٢) سقط من (د) .

(١٣) سقط من (جـ) .

(١٤) في (ب) « بملك » ، وفي (جـ) « لملك » .

(١٥) في (جـ) « لاعالماً » .

إنما اشتراه ليرد^(١) على صاحبه ؛ لأنه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل ؛ لأنه بهذا الإشهاد أظهر أنه في الرد عامل للمولى ، ولا يرجع^(٢) على المولى بما أدى من الثمن قلّ أو كثر .

وإن وهب له أو أوصى له^(٣) أو ورثه ، فالجواب فيه كالجواب في الشراء لا يستحق الجعل^(٤) .

أخذ عبداً أبقاً وجاء به ليرده على المولى^(٥) ، فلما نظر إليه^(٦) أعتقه ، ثم أبق من يد الآخذ كان له الجعل ؛ لأن الإعتاق قبضٌ معنى ؛ لأنه إتلاف للمالية فقد وصل العبد إلى المولى معنى ؛ ألا ترى أن المشتري^(٧) لو أعتق المشتري قبل القبض صار قابضاً له ، كذا ههنا . ولو كان دُبَّره ، والمسألة بحالها فلا جعل له ؛ لأن [التدبير]^(٨) ليس بقبض ؛ لأنه لا يتلف به المالية فلم يصل العبد إلى يد المولى أصلاً . ولو كان الآخذ حين سار به ثلاثة أيام أبق منه قبل أن يأتي به إلى المولى ثم أعتقه المولى فلا جعل له^(٩) ؛ لأن المولى لم يصّر^(١٠) قابضاً من يد الآخذ ؛ لأنه حين أعتقه لم يكن في يد الآخذ^(١١) .

ولو جاء به إلى مولاه فقبضه ، ثم وهبه منه فعليه الجعل . ولو وهبه منه قبل أن

(١) في (ب) ، و (ج) « ليرده » .

(٢) في (ج) « فلا يرجع » .

(٣) في (ج) « أو أوصى له به » .

(٤) المبسوط (٣١ / ١١) ، والفتاوى الهندية (٢٩٨ / ٢) .

(٥) في (ج) « مولاه » .

(٦) في (ج) « فلما نظر إليه المولى » .

(٧) في (ب) « معنى أنه المشتري » ، وفي (د) « ألا ترى » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) : « النذر » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) في (د) « يصل » .

(١١) عيون المسائل (٣٧١ / ٢) ، والمبسوط (٣٠ / ١١) .

يقبضه فلا جعل [له؛ لأنه لم يصل إلى المولى من جهته لا بصورته^(١) ولا بمعناه^(٢)]. ولو باعه المولى^(٣) منه قبل أن يقبضه فله^(٤) الجعل^(٥) عليه؛ لأنه وصل إلى المولى عوضه، قصار كما لو وصل إليه عينه، هذه الجملة في العيون^(٦).

قال شمس الأئمة الحلواني: الراد إنما يستحق الجعل^(٧) إذا أشهد عند الأخذ [أنه^(٨)] إنما أخذه ليرده على المالك. أما إذا ترك الإشهاد لا يستحق الجعل، وإن رده على المالك^(٩).

(١) في (ج) « من جهة لأبصورة » .

(٢) في (ب) « ولامعناه » .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج)

(٤) في (ج) « فعليه الجعل » ، وفي (ب) « فلاجعل عليه » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (د) .

(٦) عيون المسائل (٢ / ٣٧٣) ، والمبسوط (١١ / ٣٠) .

(٧) في (ب) « الجعل عند الأخذ » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) و (هـ) .

(٩) المبسوط (١١ / ٢٢) ، وانظر عيون المسائل (٢ / ٣٧١) ، واللباب (٢ / ٢١٨) ، والهداية (

١٧٩ / ٢) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٣٠٩) .

الفصل الرابع

في بيان وجوب الضمان على الأبق .

إذا مات الأبق عند الآخذ، أو أبق منه قبل أن يردّه على المولى ؛ فإن كان حين أخذ أشهد أنه إنما أخذه للرد^(١) على صاحبه لا ضمان عليه . وكذلك إذا قال وقت الأخذ : هذا أبق قد أخذته فمن وجد له [طالباً فليدله]^(٢) عليه [فهذا إشهاد]^(٣) ولا ضمان عليه^(٤)، لأنه وجد منه الإشهاد .

قال شمس الأئمة الحلواني : وليس من شرط الإشهاد أن يكرر^(٥) ذلك ، والمرة تكفي بحيث لا يقدر أن^(٦) يكتّم إذا سئل ، وهذا^(٧) [في اللقطة . وأما إذا^(٨) ترك الإشهاد وكان الإشهاد ممكناً ، كان عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لأبي يوسف]^(٩) . وهذا^(١٠) إذا علم كونه آبقاً [وإن أنكر المولى أن يكون عبده آبقاً]^(١١) فالقول قوله ، والآخذ ضامن إجماعاً ؛ لأن سبب وجوب الضمان قد ظهر من الآخذ، وهو أخذ مال الغير بغير إذنه ، فهو يدعي المسقط وهو الإذن شرعاً يكون العبد آبقاً^(١٢) .

(١) في (ب) « ليرده » ، وفي (ج) « ليرد » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « فلا ضمان » .

(٥) في (ب) « يكون » .

(٦) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « على أن » .

(٧) في (ج) « وهكذا » .

(٨) في (د) « في » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) في (ب) « وهذا عنده اتفاقاً ، فالقول قوله » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(١٢) المبسوط (٢٢ / ١١) ، وانظر عيون المسائل (٣٧١ / ٢) ، واللباب (٢١٨ / ٢) ، والهداية (

وإذا أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل ، وأقر له العبد ، فدفعه إليه بغير أمر القاضي ، فهلك عنده ، ثم استحقه آخر بالبينة فله أن يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الدافع رجع به على^(١) القابض ، وإن كان لم يدفع إلى الأول حتى شهد عنده شاهدان أنه عبده فدفعه إليه بغير حكم ، ثم أقام الآخر البينة أنه له ، قضى به للثاني ؛ لأن بينة الأول^(٢) قامت في غير مجلس الحكم فلا يكون^(٣) معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم ، فإن أعاد الأول البينة لم ينفعه^(٤) أيضاً ؛ لأن العبد في يده وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تُعارض^(٥) بينة الخارج^(٦) وإذا أخذ عبداً آبقاً وباعه بغير أمر القاضي ، حتى لم يصح البيع ، وهلك العبد في يد المشتري ، ثم جاء رجل ، وادعاه^(٧) ، فأقام بينة^(٨) أنه عبده^(٩) ، فالمستحق بالخيار إن شاء ضمن المشتري [٤١ / ٢ ب] ، وعند ذلك يرجع المشتري بالثمن على البائع ، فإن^(١٠) شاء ضمن البائع قيمته ، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع ، ويكون الثمن له ويتصدق بما فضل على القيمة عن^(١١) الثمن ، لأنه ربح حصل^(١٢) - لا على ملكه - بسبب كَسْبٍ خبيث^(١٣) [والله أعلم^(١٤)] .

(١) في (ب) « إلى » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « البينة الأولى » .

(٣) في (د) « فلا تكون » .

(٤) في (ب) « لم يتعقد » .

(٥) في (ب) « لا يعارض » .

(٦) المبسوط (٢٧ / ١١) ، والفتاوى التتارخانية (٦٠٩ / ٥) .

(٧) في (ب) ، و (ج) « فادعاه » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « البينة » .

(٩) في (ب) « أنه عنده » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « وإن » .

(١١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « من » .

(١٢) في (ج) « حاصل » .

(١٣) المبسوط (٢٦ / ١١) ، والفتاوى الهندية (٢ / ٢٩٩) .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، و (د) .

الفصل الخامس

في الاختلاف الواقع في الإباق

إذا أنكر المولى أن يكون عبده آبقاً فلا جعل للراد ، إلا أن يشهد الشهود أنه آبق من مولاه ، أو على إقرار المولى بإباقه^(١) ^(٢) .

وإذا آبق العبد ، وذهب بمال المولى ، فجاء به رجل ، وقال : لم أجد^(٣) معه شيئاً . فالقول قوله ولا شيء عليه ، ولا يكون وصول يده [إلى]^(٤) العبد دليلاً على وصول يده إلى المال ، ما لم يعلم كون المال في يد العبد حين أخذ العبد ، فالمولى يدعي عليه ذلك ، وهو ينكر ، فيكون القول قوله ، كما لو ادعى عليه أنه غصبه مالاً آخر وهو ينكر ، فإن اتهم^(٥) [رب المال فله أن يستحلفه على ذلك ؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقربه يلزمه]^(٦) ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، فيقوم^(٧) مقام إقراره^(٨) [والله أعلم]^(٩) .

(١) المبسوط (٢٢ / ١١) ، وانظر عيون المسائل (٣٧١ / ٢) .

(٢) في (ج) « بالإباق » .

(٣) في (ب) « لم أجد » ، وفي (ج) « ما أخذت » .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « على » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٥) في (جـ) « اتهمه » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٧) في (ب) ، و (جـ) « ليقوم ذلك مقام » .

(٨) المبسوط (٢٩ / ١١) والفتاوى التتارخانية (٦٠٩ / ٥) .

(٩) سقط من (جـ) ، وفي (ب) « والله الحمد » .

الفصل السادس

في التصرفات في^(١) الآبق

بيع الآبق من أجنبي^(٢) [٢ / ٤٣١ / أ] أو من ابن صغير له لا يجوز ، وبيعه ممن^(٣) في يده يجوز ، وهبته من الأجنبي لا يجوز . وإن وهبه من ابن صغير له ؛ إن كان مترددا في دار الإسلام يجوز^(٤) . وإن أبق إلى دار الحرب اختلف فيه المشايخ . وروى قاضي الحرمين^(٥) : [عن أبي حنيفة - رحمه الله -]^(٦) [أنه لا يجوز]^(٧) . ويجوز إعتاقه عن كفارة ظهار^(٨) ^(٩) ، ولو وكل المولى رجلا بطلب الآبق ، وأصابه^(١٠) الوكيل وهو لا يعلم به ثم باعه^(١١) المولى من إنسان ، ولا يعلم البائع والمشتري أن الوكيل أصابه ، فالبيع باطل

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « تصرفات » والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٢) في (ج) « الأجنبي » .

(٣) في (ب) « عمن » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) هو القاضي أحمد بن محمد بن عبد الله ، أبو الحسين ، النيسابوري ، المعروف بقاضي الحرمين ، شيخ أصحاب أبي حنيفة في زمانه بلامدافعة ، وتفقه على أبي الحسن الكرخي ، وأبي طاهر الدياس . توفي ضحوة يوم السبت الحادي والعشرين من سنة ٣٥١ هـ .

الجواهر المضية (٢٨٤ / ١) برقم ٢١١ ، وتاج التراجم ٤٨ برقم ٤٩ ، والطبقات السنية برقم

٣٢٩ ، والفوائد البهية (٣٦) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « أنه يجوز » والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

والمبسوط (٢٣ / ١١) ، والفتاوى التتارخانية (٦١٠ / ٥) ، والفتاوى الهندية (٢٩٩ / ٢) .

(٨) في (ج) « ظهاره » .

(٩) المبسوط (٢٢ / ١١) ، و (٢٨ / ١١) ، وانظر عيون المسائل (٢ / ٣٧٢) ، والفتاوى الهندية)

(٢٩٩ / ٢) .

(١٠) في (ج) « فأصابه » .

(١١) في (ب) « باعها » .

حتى يعلم^(١) أن الوكيل أصابه^(٢) .

وإن أخذ الأبق رجل ، وأجره الآخذ فالأجرة له ؛ لأنها وجبت بعقده ويتصدق بها ؛ لأنها حصلت بكسب خبيث ، فإن دفعها إلى المولى مع العبد ، وقال : هذه غلة عبدك ، وقد سلمت لك . فهي للمولى ، ولا يحل للمولى أكلها قياسا [١٥ / ٦ هـ] ؛ لأن حق [الفقراء]^(٣) أثبت فيها حين وجب التصديق ، ولا يملك^(٤) الآخذ إسقاطها ، ويحل استحسانا ؛ لأن الخبث [إنما تمكن فيها لعدم رضا المولى ، وإنما يظهر ذلك في حق الآخذ لافي حق المولى فيزول^(٥) الخبث]^(٦) عند التسليم إلى المولى^(٧) [والله أعلم]^(٨) .

(١) سقط من (ب) .

(٢) عيون المسائل (٣٧٢ / ٢) . والفتاوى الهندية (٢٩٩ / ٢) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « العبد » ، والتصويب من (ج) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « فلا » .

(٥) في (ب) ، و (د) « ليزول » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) المبسوط (٢٧ / ١١) ، والفتاوى الهندية (٢٩٩ / ٢) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

كتاب المفقود^(١) (٢)

- هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول :
- [الفصل^(٣) الأول : في تفسير المفقود وحكمه .
- (الفصل الثاني) :^(٤) في التصرفات في مال المفقود .
- (الفصل الثالث) :^(٥) في الخصومة في الميراث وفي ورثة المفقود]^(٦) .

(١) في (ج) « بسم الله الرحمن الرحيم كتاب المفقود » .

(٢) المفقود لغة : من فَقَدَ الشيءَ يَفْقِدُهُ ، فَقْدًا وفَقْدَانًا أي عَدِمَهُ ، فهو مفقود .

المصباح المنير (٤٧٨/٢) ، ولسان العرب (٣٣٧/٣) ، والقاموس المحيط ص (٣٩٢) .

واصطلاحاً : هو الرجل يخرج في سفرٍ ، ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا يأسره العدو ، ولا يستبين موته ولا قتله .

قال شمس الأئمة السرخسي : « المفقود اسمٌ لموجودٍ ، هو حيٌّ باعتبار أول حاله ، ولكنه خَفِيَ الأثر كالميت باعتبار مآله ، وأهله في طلبه يجدون ، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره ، وبالجدُّ ربما يصلون إلى المراد ، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد » .

المبسوط (٣٤/١١) .

قال ابن عابدين : مناسبته للآبق : « أن كلاً منهما فَقَدَهُ أهله ، وهم في طلبه ، وأُخِّرَ عنه لقلة وجوده » . رد المحتار (٤٥٦/٦) ، المبسوط (٣٨/١١) ، وطلبة الطلبة (١٩٦) ، والمغرب (٣٦٣) ، وتبيين الحقائق (٣١٠/٣) ، وأنيس الفقهاء (١٩١) ، ورد المحتار (٤٥٦/٦) .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم .

(٥) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الفصل الأول

في تفسير المفقود وحكمه .

فأما تفسيره : ما ذكره محمد في الأصل : الرجل يخرج في وجهٍ فيُفَقَد ، ولا يعرف موضعه ، ولا يستبين أمره^(١) ولا موته ، أو أسره العدو فلا يستبين موته ولا قتله .

وأما حكمه : فما ذكره محمد في الكتاب : أنه يعتبر حيا في حق نفسه ، حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ولا تتزوج امرأته ، ولا يحكم [٣ / ٢٥٧ / د] القاضي بشيء^(٢) من أمره حتى يثبت موته أو قتله ، ويعتبر ميتا في حق غيره ، حتى لا يرث أحدا من أقربائه إذا مات .

ومعنى قوله : لا يرث أحدا من أقربائه : أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود ، إما يُوقَف للمفقود نصيب من ميراث من مات من أقربائه ، وهذا لأن حياة المفقود محتملة ، والمحتمل يكفي للتوقف كما في الجنين ، فإن ظهر حيا ظهر أنه كان مستحقا^(٣) ، وإن لم يظهر حيا حتى بلغ من السن ما قال في الكتاب - على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى - ، فما وُقِف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال ، بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتا^(٤) .

قال مشايخنا : مدار مسائل المفقود على حرف واحد : أن المفقود يعتبر حيا في ماله ، ميتا في مال غيره ، حتى ينقضي من المدة ما يعلم أن مثله لا يعيش إلى تلك المدة ، أو يموت^(٥) أقرانه ، وبعد ذلك يعتبر ميتا في ماله يوم تمت المدة ، أو مات الأقران .

(١) في (ج) « أثره » .

(٢) في (ج -) « في شيء » .

(٣) في (ب) « فإن ظهر كان مستحقا » .

(٤) المبسوط (١١ / ٣٤ ، ١١ / ٣٨) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٣١٠) ، ورد المختار ٦ / ٤٥٧ ، و ٦ /

(٤٦١) .

(٥) في (ب) « والموت » .

وفي مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فُقِدَ، حتى إنه إذا فقد الرجل^(١)، ثم مات ابنه، ولهذا الابن أخ لأمه وللمفقود^(٢) عصبه، فخاصم أخ الابن عصبه المفقود، ينظر: إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، فإن جميع مال المفقود لعصبه المفقود، [حتى مات]^(٣) أقران المفقود، ولا يكون للابن^(٤) من ذلك شيء؛ لأننا حكمنا بحياته بعد موت الابن في حق نفسه، ولا يكون للمفقود من ميراث الابن شيء؛ لأننا اعتبرناه ميتا في [حق]^(٥) غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود؛ لأنه احتمال أن يكون حيا فيكون له الميراث من ابنه^(٦) واحتمل أن يكون ميتا فلا يكون له الميراث من ابنه، بل يكون ميراث الابن لأخيه^(٧). وإن^(٨) ظهر المفقود حيا فما وقف له يكون له. وإن لم يظهر حاله حتى مات^(٩) أقرانه، فما وقف^(١٠) للمفقود من مال الابن يكون ميراثا لأخ الابن؛ لأننا تيقنا بكون الأخ وارثا وقت موت الابن، وشككنا في^(١١) كون المفقود وارثا، فكان جعله ميراثا لمن كان وارثا له بيقين أولى. وإن^(١٢) كان أقران المفقود قد ماتوا قبل موت الابن، فميراث المفقود صار للابن [لأننا حكمنا]^(١٣) بموت

(١) في (ج) « مون المراحل » .

(٢) في (ج) « والمفقود » .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ)، و (ب)، و (د)، « حتى من مات »، والتصويب من (ج) .

(٤) في (ج) « الابن » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ)، و (د)، والتصويب من (ب)، و (ج) .

(٦) في (ج) « أبيه » .

(٧) في (ب) « لأخته » .

(٨) في (ب)، و (ج) « فإن » .

(٩) في (ب) « حاله ومات » .

(١٠) في (ب) « أوقف »، وفي (ج) « أوقفنا » .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) في (ب) « فإن كان » .

(١٣) ما بين المعقوفين في (أ)، و (د)، « حكما »، وسقطت كلمة « لأننا » من (ب)، والتصويب

المفقود والابن حي فيكون ميراثه للابن . وإذا مات الابن يكون ميراثه^(٢) لورثة الابن . فهذا هو حاصل ما تبتنى عليه مسائل^(٣) المفقود^(٤) .

ثم طريق ثبوت موت المفقود إما البينة أو موت الأقران ، وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي [من]^(٥) في يديه المال خصما عنه ، أو ينصب عنه قيما ، فيقبل عليه البينة^(٦) . وأما موت الأقران فهو المذكور في الكتاب عن محمد ، ويشترط موت جميع الأقران ، ما بقي واحد من أقرانه لا يحكم بموته ، ولم يذكر أنه يعتبر موت جميع أقرانه في جميع البلدان^(٧) [أو في بلد المفقود]^(٨) .

واختلف^(٩) المشايخ فيه ، قال بعضهم : يعتبر موت أقرانه من أهل بلده ، وهذا القول أرفق بالناس ؛ لأن التفحص عن حال أقرانه في جميع البلدان ؛ إما غير ممكن ، أو فيه حرج ظاهر .

ولم يعتبر محمد في موت المفقود وحياته السن^(١٠) ، والمشايخ اعتبروا ذلك فالتقدمون من المشايخ بعد محمد قدروا عمره بمائة وعشرين سنة ، وقالوا: متى مضى من مولده مائة وعشرين سنة فإنه يحكم بموته وإن بقي بعض أقرانه في الأحياء ، ولا يحكم^(١١) بموته قبل ذلك وإن مات [٢ / ٤٣٢ / ١] جميع أقرانه . وعن نصير بن يحيى :

(١) في (ج) « فإذا » .

(٢) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) في (ج) « من مسائل » .

(٤) بدائع الصنائع (٦ / ١٩٦) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٢٢٤) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٦) الميسوط (١١ / ٣٨) ، ورد المختار (٦ / ٤٦٣) .

(٧) في (ب) « جميع البلدان إما غير ممكن » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) في (ب) « اختلف » ، وفي (ج) « وقد اختلف » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « السنين » .

(١١) في (ب) « فلا » .

أنه قدره ^(١) بمائة سنة، وهو المروي عن أبي يوسف . والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد قدرأه بتسعين سنة . [قالا] ^(٢) : لأن الأعمار قد قصرت في زماننا . قال الصدر الشهيد حسام الدين : وعليه الفتوى، قال : شيخ الإسلام في شرحه : [ماقاله] ^(٣) محمد : أحوط وأقيس ؛ لأن ما مضى ^(٤) ما قالوا من المدة إن دل على موته فبقي من بقي من أقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته فيقع التعارض بين دليل الحياة وبين دليل الموت، ولا ^(٥) يثبت الموت مع التعارض ^(٦) ، ومتى اعتبرنا بموت ^(٧) أقرانه فإنما يثبت موته بدليل لا تعارض فيه ^(٨) . وماقاله المشايخ أرفق بالناس ؛ لأن التفحص عن حال أقرانه ^(٩) أنهم ماتوا أو لم يموتوا إما غير ممكن أو فيه حرج ^(١٠) .

وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء لم أقض بها له ^(١١) ولم أبطلها ؛ لأن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله كذا ههنا ^(١٢) .

(١) في (ج) « قدر عمره » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « قال » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « قال » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ج) « لأن مضى » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « فلا » .

(٦) في (ب) « الموت والتعارض » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « موت » .

(٨) في (ب) « لايعارض فيه » ، وفي (ج) « لايعارض » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « الأقران » .

(١٠) مختصر الطحاوي ص (٤٠٥) ، والمبسوط (٣٥ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (١٤٩ / ٣) ، و بدائع

الصنائع (١٩٧ / ٦) ، والهداية (١٨٢ / ٢) ، وتبيين الحقائق (٣١٢ / ٣) ، والفتاوى

البرزازية (٢٢٤ / ٦) ، والبنية (٨١٧ / ٦) ، ورد المختار (٤٦١ / ٦) .

(١١) سقط من (ج) .

(١٢) بدائع الصنائع (١٩٦ / ٦) ، والهداية (١٨٢ / ٢)

الفصل الثاني

في التصرفات في مال المفقود .

قال محمد : ما يخاف^(١) عليه الفساد من مال المفقود فالقاضي يبيعه ، وما لا يخاف عليه الفساد [فالقاضي لا يبيعه لا للنفقة ولا لغيرها ، وهذا لأن ولاية القاضي على المفقود لضرورة^(٢) الحفظ ، وما لا يخاف عليه الفساد]^(٣) فحفظه ممكن بدون البيع ، فلا حاجة إلى البيع ، ولا كذلك ما يخاف عليه الفساد^(٤) .

وإن أراد واحد من أقربائه^(٥) أن يبيع شيئاً من ماله لحاجة النفقة ، إن كان المال عقاراً فليس له ذلك بالإجماع ، سواء كان البائع أباً أو غيره .

وإن كان منقولاً ليس من جنس حقه كالخادم والداية^(٦) ونحو ذلك ، أجمعوا على أن غير الأب لا يملك البيع ، الأم وغيرها في ذلك على السواء . وأما [١٦ / ٦ هـ] الأب فلا يملك البيع قياساً ، وهو قولهما . وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - يملك ، وهو استحسان . وجه القياس : أن جواز البيع يعتمد الولاية ، ولا ولاية^(٧) [للأب]^(٨) في مال ولده الكبير ، ألا ترى^(٩) أنه لا يملك بيع [عقاره]^(١٠) ، وجه الاستحسان : أن أثر

(١) في (ج) « ما كان يخاف » .

(٢) في (ب) « بتصوره » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٤) مختصر الطحاوي ص (٤٠٤) ، والمبسوط (٣٨ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٠ / ٣) ، و بدائع

الصنائع (١٩٦ / ٦) ، والهداية (١٨٠ / ٢) ، والفتاوى البزازية (٢٢٥ / ٦) .

(٥) في (ج) « أقاربه » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « الدار » .

(٧) في (أ) « ولا ولاء ولاية » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٩) في (ب) « ألا يرى » .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) « عقار » ، والتصويب من باقي النسخ .

الولاية في مال^(١) ولده الكبير قائم حتى صح منه استيلاء جارية الابن لحاجته إلى ذلك ، والحاجة إلى النفقة لبقاء نفسه فوق الحاجة إلى الاستيلاء لبقاء نسله . وإذا بقي أثر ولايته^(٢) كان حاله كحال الوصي في الولد^(٣) الكبير الغائب ، وقد ثبت للوصي بيع^(٤) العروض دون العقار كذا ههنا^(٥) (٦) . .

وإذا كان للمفقود وديعة^(٧) أو دين ، أنفق القاضي من ذلك على زوجته وولده وأبويه ، إذا كان المودع مقرا بالوديعة ، والمديون مقرا بالدين . وذكر هذه المسألة في كتاب النكاح من الأصل [٥٦٨ / ٢ ج] وشرط [إقرارهما]^(٨) بالنكاح والمال وههنا لم يشترط إقرارهما بالنكاح ، وليس في المسألة اختلاف الروايتين ، بل إنما اختلفت الجواب لاختلاف الوضع ، موضوع ما ذكر في النكاح^(٩) : أن النكاح والسبب لم يكن معلوما للقاضي فشرط إقرار صاحب اليد بهما^(١٠) ، وموضوع ما ذكر ههنا أن النكاح والسبب كان معلوماً للقاضي فلم يشترط إقرارهما بالنكاح والنسب . فإن أعطاهم الرجل شيئاً بغير أمر القاضي ، فالمودع يضمن ، والمديون لا يبرأ^(١١) . وإن أعطاهم الرجل^(١٢) بأمر القاضي فالمودع

(١) في (ج) « في حق مال » .

(٢) في (ج) « أثر الولاية ؛ لأنه » .

(٣) في (ج) « الوارث » .

(٤) في (ج) « حق بيع » .

(٥) مختصر الضحاوي ص (٤٠٤) ، والمبسوط (٣٩ / ١١ - ٤٠) ، وتغفة الفقهاء (٣٥٠ / ٣) ، و

بدائع الصنائع (١٩٧ / ٦) .

(٦) في (ج) ، و (د) « هنا » .

(٧) في (د) « عروض » ، وقد صححها المصحح في الهامش إلى : « وديعة » .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « إقرارها » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٩) في (ج) « في كتاب النكاح » .

(١٠) في (ب) « بها » .

(١١) في (ج) « ولا يبرأ المديون » .

(١٢) سقط من (ج) .

لا يضمن، والمديون يبرأ^(١).^(٢)

وللقاضي أن ينصب وكيلًا في جميع غلات المفقود طلب الورثة ذلك أو لم يطلبوا، ولهذا الوكيل أن يتقاضى ويقبض ويخاصم من يجحد حقًا وجب بعقد جرى بينه وبين هذا الوكيل ؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة المالك . أمّا كل دين كان المفقود تولاه أو نصيب^(٣) كان له في عقارٍ أو عروض^(٤) في يدي رجل [أَوْحق]^(٥) من الحقوق، فإن هذا الوكيل لا يخاصمه ؛^(٦) لأنه ليس بمالك^(٧) ولا نائب عن المالك في الخصومة في ذلك ؛ لأنه وكيل بالقبض والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك^(٨) .

قال في الكتاب : إلا أن يكون القاضي ولاه ذلك ورآه فأنفذ^(٩) الخصومة بينهم فحينئذ^(١٠) يجوز، علل^(١١) فقال : لأن^(١٢) هذا مما اختلف فيه القضاة . وهذا بناء على أنه ليس للقاضي أن يقضي على الغائب وللغائب إلا إذا كان عنه خصم حاضر عندنا، ولو قضى ينفذ قضاؤه لكونه واقعا في فصل مجتهد فيه . وكذا لا ينبغي للقاضي أن ينصب

(١) في (د) « فإن المودع لا يضمن والمديون لا يبرأ » .

(٢) المبسوط (٤٠ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٣٥٠ / ٣) ، و بدائع الصنائع (٦ / ١٩٦) ، والهداية

٢ / ١٨١) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٣١١) .

(٣) في (ب) « أن نصب » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « أو عرض » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « وحق » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) ، و (ج) « لا يخاصم » .

(٧) في (ج) « بما كل » .

(٨) في (ج) « وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض ، والوكيل بالقبض من جهة القاضي المالك » .

ويظهر أن كلمة القاضي مشطوب عليها .

(٩) في (ج) « وأنفذ » .

(١٠) هذه الكلمة تكتب في نسخة (ج) « فح » ولعله اختصار للكلمة .

(١١) في (ج) « وعلل » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، « أن » ، والتصويب من باقي النسخ .

وكيلا عن الغائب وللغائب ولو فعل ينفذ قضاؤه بالإجماع لما قلنا .
ثم أشار ههنا إلى أن القضاء على الغائب وللغائب نفاذه لا يتوقف على إمضاء قاض آخر ، وهذا إشارة إلى أن نفس القضاء ليس مختلفاً^(١) فيه ؛ إنما المجتهد : سبب القضاء : أن البينة هل هي حجة حال^(٢) غيبة^(٣) الخصم^(٤) ؟ .
وفي شرح الجامع مما علقتة على والدي^(٥) - تعمدته الله بالرحمة - أن نفس القضاء مختلف فيه ، فيتوقف على^(٦) إمضاء قاض آخر ، كما^(٧) لو كان القاضي محدوداً في قذف^(٨) .

وإن ادعى رجل على المفقود حقاً لم يلتفت إلى دعواه ، ولم تقبل^(٩) منه البينة ، ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من الورثة خصماً له ، فإن^(١٠) رأى القاضي سماع البينة ، وحكم به ، نفذ حكمه بالإجماع^(١١) .

(١) في (ب) ، و (ج) « يختلف » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) في (ب) « غصبه » .

(٤) المبسوط (٤١ / ١١ - ٤٢) ، وانظر الباب (٢ / ٢١٥) ، و بدائع الصنائع (٦ / ١٩٦) ، و الهداية (٢ / ١٨٠) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٢٢٥) .

(٥) شرح الجامع : أي « الجامع الصغير » أو « الجامع الكبير » ، وكلاهما لمحمد بن الحسن ، وقد صنف المؤلف شرحاً لكل منهما .

والوالد هو : أحمد بن عبدالعزيز بن عمر ابن مازة ، الصدر السعيد ، تاج الدين وهو أخ عمر بن العزيز ، المعروف بالصدر الشهيد ، وهو أحد مشايخ صاحب الهداية أبو الحسن المرغيناني .
الجواهر المضية (١ / ١٨٩) برقم ١٢٩ ، والطبقات برقم ٢٢٩ ، والفوائد البهية ٢٤ .

(٦) في (ب) « إلى » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) تبين الحقائق (٣ / ٣١٠) ، والبنية (٦ / ٨٠٨) .

(٩) في (ب) « تقبل » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « وإن رأى » .

(١١) المبسوط (١١ / ٤٢) ، والفتاوى الهندية (٢ / ٣٠١) .

وإذا رجع المفقود حيا لم يرجع^(١) في شيء مما [٢ / ٤٣٣ / ١] أنفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله ودينه وغلته ، وكذلك ما أنفقوا على [٣ / ٢٥٨ / ٥] أنفسهم من الدراهم والدنانير^(٢) أو الثَّبر^(٣) في وقت حاجتهم إلى النفقة ، أو ثياب لبسوها للكسوة ، أو طعام أكلوه ، أما ما سوى ذلك من الأموال إذا باعوا لحاجتهم إلى النفقة فقد مر^(٤) تفاصيل ذلك^(٥) .

وإذا فُقد المكاتب [٢ / ٤٢ / ب] وترك^(٦) أموالاً . هل يؤدي^(٧) مكاتبه من تركته؟ ، ينظر: إن كان ترك المكاتب من خلاف جنس ما عليه لا يؤدي ، وإن علم القاضي بوجوب الدين عليه ؛ لأنه لا يمكنه القضاء إلا بالبيع ، وولاية القاضي في مال المفقود مقصورة على الحفظ وإبقاء ما عليه ، والبيع ليس من قبيل ذلك .

وإن كان ما ترك المكاتب من جنس المكاتبه وعلم القاضي بوجوب الدين عليه ، وإن^(٨) كان لهذا المكاتب ابن حر ، مات هذا الابن ، وترك ورثة ، قسم ماله بين ورثته ولم يحبس للمكاتب شيء ؛ لأن المكاتب لا يرث شيئا من ابنه ، فلا يكون في [التوقف]^(٩) فائدة^(١٠) .

(١) في (ب) « حياً يرجع » .

(٢) في (ج) « دراهم أو دنانير » .

(٣) الثَّبر : ما كان غير مضروب من الذهب والفضة وعن الزجاج : هو كل جوهر قبل أن يستعمل كالنحاس والصفرة وغيرهما .

المغرب (٥٨) ، والمصباح المنير (١ / ٧٢) ، ولسان العرب (٤ / ٨٨) .

(٤) في (ب) « فقدم » .

(٥) المبسوط (١١ / ٤٢) ، وتبيين الحقائق (٣ / ٣١١) .

(٦) في (ب) ، و (د) « فترك » .

(٧) في (د) « هل تؤدي » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « فإن » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « الوقف » وفي (ج) « للتوقيف » ، والتصويب من (ب) .

(١٠) المبسوط (١١ / ٤٤) ، والفتاوى البزازية (٦ / ٢٢٥) .

وإذا كان المفقود قد باع خادما قبل أن يفقد ، فطعن المشتري بعيب ، وأراد أن يرد على ولد المفقود فليس له ذلك ؛ لأن الولد ليس بمالك ولا عاقد ولا نائب عمن هو مالك وعاقد^(١) ، ولا يُردُّ^(٢) على غير هؤلاء .

وإن استحق هذا الخادم من يد المشتري ، فالقاضي هل يؤدي [ثمنه من ماله ؟ ، إن كان له مال^(٣) من جنس الثمن يؤدي^(٤) إذا علم وجوب الثمن عليه ؛ لأن الخادم لما استحق من يد المشتري]^(٥) صار الثمن ديناً له على المفقود ، فصار الجواب فيه كالجواب في سائر الديون^(٦) (٧) . انتهى^(٨) .

(١) في (ب) « و (ج) » أو عاقد .

(٢) في (ج) « ولارد » .

(٣) في (ج) « إن كان ماله » .

(٤) في (جـ) « يوفي » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٦) في (جـ) « المديون » .

(٧) الفتاوى البرازية (٦ / ٢٢٥) ، والفتاوى التتارخانية (٥ / ٦١٧) .

(٨) في (ب) « والله أعلم » .

الفصل الثالث

في الخصومة^(١) في الميراث [وفي ورثة المفقود]^(٢) .

وإذا مات الرجل وترك ابنتين [وابناً مفقوداً ، ولهذا الابن المفقود ابن وابنة ، والتركة^(٣) في يد الابنتين^(٤) ، والكل^(٥) مقرون بأن الابن مفقود]^(٦) بأن الابن مفقود واختصموا إلى القاضي فإن القاضي لا ينبغي أن يحرك المال عن موضعه هكذا ذكر في الأصل^(٧) .

ومعنى قوله^(٨) : القاضي لا يحرك المال عن موضعه ، لا ينزع القاضي شيئاً من يد الابنتين ؛ لأن النصف فيما^(٩) في أيديهما صار ميراثاً لهما بموت أبيهما بيقين ؛ لأن المفقود إن^(١٠) كان حياً فلهما هذا القدر ، وإن كان ميتاً فلهما الثلثان . فالنصف لهما بيقين ، والنصف الآخر لا خصم له ؛ لأن ورثة المفقود لا يدعون ذلك لأنفسهم ، ولا يكون^(١١) خصماً عن المفقود ؛ لأنه لا يدري أنه حي أو ميت ، ولا يزال [يد]^(١٢) صاحب

(١) في (ب) « الصفقة » ، وقد نبه المصحح في الهامش إلى أنها : « الخصومة » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (جـ) « وفي الورثة مفقود » ، وفي (هـ) « وفي الورثة

المفقودين » والتصويب من (ب) وهامش (د) .

(٣) في (ب) « فالتركة » .

(٤) في (د) « في أيدي الابنتين » .

(٥) في (ب) « ولكل » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) المبسوط (٤٥ / ١١) ، وانظر المختار (٤٦١ / ٦) .

(٨) في (ب) « قول » .

(٩) في (ب) ، و (جـ) « ممّا » .

(١٠) في (جـ) « إذا » .

(١١) في (ب) ، و (جـ) « لا يكونون » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

اليَد [إلّا]^(١) لا بمحض من الخصم بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له ؛ لأن حق أولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه فإنهم يستحقون النفقة^(٢) واستصحاب الحال يكفي لإبقاء ما كان على ما كان^(٣) .

وكذلك إذا قالت الابنتان : قد مات أخونا . وقال ولد الابن : هو مفقود ؛ لأن من في يديه^(٤) المال أقر لولد^(٥) الابن ببعض ذلك وولد الابن قد ردّ^(٦) إقرارهما بقوله^(٧) : أبونا مفقود .

ولو كان مال الميت في يدي ولدي الابن المفقود ، فطلب^(٨) الابنتان ميراثهما ، واتفقا^(٩) أن الابن مفقود ، فإنه يعطى لهما النصف ؛ لأنهما يدعيان نصف ما في يدي ولدي المفقود ، وقد صدقاها في ذلك فيعطيان النصف^(١٠) ، والنصف الآخر يترك على يدي ولدي المفقود من [غير]^(١١) أن يقضي به لهما ولابنهما^(١٢) ؛ لأنه لا يدري^(١٣) من المستحق لهذا الباقي .

ولو كان مال الميت في يدي أجنبي ، فقالت الابنتان : مات أخونا قبل الأب . وقال

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « لا » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) « يستحقون واستصحاب الحال » ، وفي (جـ) « يستحقون النفقة في ملكه واستصحاب الحال » .

(٣) المبسوط (٤٥ / ١١) ، والفتاوى التتارخانية (٦١٧ / ٥) .

(٤) في (ب) « لأن من يديه » ، وفي (جـ) « لأن من في يدي » .

(٥) في (جـ) « أقر ولدي » .

(٦) في (جـ) « وقد ردّ ولد الابن » .

(٧) في (جـ) « بقولهما » .

(٨) في (جـ) « وطلب » .

(٩) في (ب) « والعبر » .

(١٠) في (ب) « النصف من ذلك » ، وفي (جـ) « النصف لهما من ذلك » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (ب) ، و (جـ) « ولا لابنهما » .

(١٣) في (د) « لا يدي » .

ولد الابن : إنه مفقود . [٦ / ١٧ / هـ] فإن أقر الذي في يديه المال أنه مفقود ، فإنه [يعطى الابنتين من ذلك النصف ؛ لأنهما يدعيان لأنفسهما الثلثان ، وذو اليد أقر لهما بالنصف حين قال : إنه مفقود] ^(١) ، فيعطيان ^(٢) النصف ، والنصف الآخر يوقف في يديه ^(٣) .

ولو قال الذي في يديه المال : إنه مات قبل ^(٤) الأب . فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى [الابنتين] ^(٥) ؛ لأن صاحب اليد صدقهما فيما ادعيا من ثلثي ما في يديه ، ويوقف الثلث الآخر على يديه ؛ لأنه لا خصم له .

ولو كان الذي في يديه المال أنكر أن يكون هذا المال للميت فإن أقامت الابنتان بينة أن أباهم مات ، وترك هذا المال ميراثا لهما ولأخيهما المفقود ، فإنه يقبل بينتهما ؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن جميع الورثة فيما يدعي للميت ^(٦) فينتصبان خصماً عن جميع الورثة فقبلت بينتهما ويعطى لهما النصف الآخر ^(٧) ، وينزع النصف الآخر من يد ذي اليد فيوقف ^(٨) على يدي عدل ؛ لأنه ظهر خيانة ذي اليد حين جحد المال للميت ، ومال الغائب لا يترك في يد الخائن ، بخلاف ما لو كان أقر بذلك ؛ لأنه لم يظهر ^(٩) خيانتة فيترك في يديه إلى أن يظهر حال المفقود ^(١٠) [والله أعلم] ^(١١) بالصواب

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) في (جـ) « فيعطى لهما » .

(٣) في (ب) « يدي » .

(٤) في (د) « مات المفقود قبل الأب » .

(٥) ما بين المعقوفين في (د) « الاثنين » ، وفي (أ) ، و (ب) ، و (جـ) ، غير منقوطة

نقطاً بيناً ، والتصويب من (هـ) .

(٦) في (جـ) « وهما يدعيان المال للميت » .

(٧) سقط من (ب) ، و (جـ) ، وكأنه شطب عليها في (د) .

(٨) في (جـ) « وتوقف » .

(٩) في (د) « تظهر » .

(١٠) المبسوط (١١ / ٤٦) (نص جميع المسائل) ، وانظر الطحاوي ص (٤٠٥) ، وتحفة الفقهاء (٣ /

، تمّ كتاب المفقود بحمد الله تعالى [١].

٣٥٠) ، و بدائع الصنائع (٦ / ١٩٦) ، والهداية (٢ / ١٨٢) .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) .

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) .

كتاب الغصب^(١)^(٢)

- هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلا .
- [(الفصل^(٣) الأول : في نفس الغصب .
- (الفصل الثاني^(٤)) : في حكم الغصب .
- (الفصل الثالث^(٥)) : فيما لا يجب الضمان باستهلاكه .
- (الفصل الرابع^(٦)) : في كيفية الضمان .
- (الفصل الخامس^(٧)) : في خلط الغاصب مال رجلين أو رجل أو مال غيره بماله .

(١) في (ج) « بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الغصب » .

(٢) الغصب لغة من : غَصَبَ الشيءَ واغتصبه غَصْباً أي : أخذه قهراً وظلماً، فهو غاصب ، والجمع غُصَّاب ، مثل كافر وكفار، ويتعدى الفعل إلى مفعولين فقال : غصبتُ ماله، وقد تزايد « مِنْ » في المفعول الأول ، فيقال : غصبتُ منه ماله .

المغرب ص (٣٤٠) ، والمصباح المنير (٤٤٨ / ٢) ، ولسان العرب (٦٤٨ / ١) ، والقاموس المحيط ص (١٥٤) ، والتعريفات (١٦٢) .

واصطلاحاً : أخذ مالٍ متقومٍ محترم ، بغير إذن المالك على وجه يزيل يده .

وقيل : أخذ مالٍ متقومٍ محترم بلا إذن مالكة بلاخفية .

فالغصب لا يتحقق في الميتة ؛ لأنها ليست بمال ، وكذا في الحرِّ ، ولا في خمر المسلم ؛ لأنها ليست بتتقومة ، ولا في مال الحربي ؛ لأنه ليس بمحترم .

وقوله : بلا إذن مالكة : احتراز عن الوديعة ، وقوله : بلاخفية ؛ ليخرج السرقة .

المبسوط (٤٩ / ١١) ، وطلبة الطلبة (١٩٨) ، والهداية (١١ / ٤) ، والاختيار (٥٨ / ٣) ، وأنيس الفقهاء (٢٦٩) ، والبنية (٢١١ / ١٠) .

(٣) مابين القوسين سقط من (ب) .

(٤) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

(٥) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

(٦) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

(٧) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

- (الفصل السادس)^(١) : في استرداد المغصوب من الغاصب ، وما يمنع من ذلك ، وفيما يبرأ الغاصب به عن الضمان وما لا يبرأ .
- (الفصل السابع)^(٢) : في التسبب إلى الإلتاف .
- (الفصل « الثامن »)^(٣) : في الدعوى الواقعة في الغصب ، واختلاف الغاصب والمغصوب منه ، [٢ / ٤٣٤ / ١] والشهادة في ذلك .
- (الفصل التاسع)^(٤) : في تملك الغاصب ، والانتفاع به .
- (الفصل العاشر)^(٥) : في الأمر بالإلتاف ، وما يتصل به .
- (الفصل الحادي عشر)^(٦) : في زراعة الأرض المغصوبة ، والبناء فيها .
- (الفصل الثاني عشر)^(٧) : فيما يلحق العبد الغصب فيجب على الغاصب ضمانه .
- (الفصل الثالث عشر)^(٨) : في غاصب الغاصب ، ومودع الغاصب .
- (الفصل الرابع عشر)^(٩) : في غصب الحر والمدير والمكاتب .
- (الفصل الخامس عشر)^(١٠) : في المتفرقات .

-
- (١) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٢) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٣) مابين القوسين المزدوجين الصغيرين سقط من (أ) .
- (٤) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٥) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٦) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٧) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٨) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (٩) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (١٠) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
- (١١) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

الفصل الأول

في نفس الغصب

فنقول: الغصب شرعاً: أخذ مال متقوم، محترم، بغير إذن المالك، على وجه يزيل يد المالك؛ إن كان في يده، أو يقصر^(١) يده؛ إن لم يكن في يده^(٢).

وإنه نوعان: نوع يتعلق به المأثم، وهو ما وقع^(٣) عن علم. ونوع لا يتعلق به المأثم، وهو ما وقع عن جهل. والضمان يتعلق بهما^(٤) جميعاً؛ لأن الضمان [لحق الغير]^(٥) الحق، والحق يفوت في الحالين على نمط واحد.

وشروطه عند أبي حنيفة - رحمه الله - كون المأخوذ منقولاً، وهو قول أبي يوسف الآخر^(٦). حتى أن غصب العقار - عند أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر - لا ينعقد موجباً للضمان^(٧).

استعمال عبد^(٨) الغير غصب له، حتى لو هلك من ذلك العمل ضمن المستعمل قيمته، علم المستعمل أنه عبد الغير أولم يعلم بأن جاء إليه وقال: أنا حر. فاستعمله،

(١) في (د) « تقصر ».

(٢) المبسوط (٤٩/١١)، تحفة الفقهاء (٨٩/٣)، وبدائع الصنائع (١٤٣/٧)، والهداية (٤/١١).

(٣) في (ب) « مانع ».

(٤) في (ب) « لهما ».

(٥) مابين المعقوفين في (أ)، و (د)، « لغير الحق »، وفي (ب)، و (ج) « لخبر الحق »، والصواب ما أثبتته؛ لأنه مقتضى المعنى والسياق.

وانظر: الهداية (١٢، ١١/٤)، والبنية (٢١٣/١٠)، وفتح القدير (٢١٨/٩)، ورد المختار (٩/٢٦٣).

(٦) في (ج) « آخراً ».

(٧) مختصر الطحاوي ص (١١٧)، واللباب شرح الكتاب (١٨٨/٢)، والمبسوط (٧٣/١١) والهداية (١٢، ١١/٤)، والبنية (٢١٣/١٠).

(٨) في (ب) « عند ».

وهذا لما بينا أن ضمان الغصب لا يختلف بالعلم وعدمه . وهذا إذا استعمله في أمرٍ من أمور نفسه^(١) .

أما إذا استعمله لا في أمر [من أمور]^(٢) نفسه فلا^(٣) يصير غاصباً له ، فقد ذكر في فتاوى أهل سمرقند : أن من قال لعبد الغير : ارتق هذه الشجرة ، قانثر الثمر^(٤) لتأكله أنت . فوقع من الشجرة ، ومات ، لم^(٥) يضمن الأمر . ولو قال : لا آكل أنا . وباقي المسألة بحالها ، ضمن ، وما افترقا إلا لأنه^(٦) في الفصل الأول ما استعمله في أمر نفسه ، [وفي الفصل الثاني : استعمله في أمر نفسه]^(٧) .

وسئل شمس الإسلام^(٨) عن استعمل عبد الغير أو جارية الغير وأبق في حال الاستعمال^(٩) ؟ ، قال^(١٠) : فهو ضامن ، بمنزلة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب . ومن استعمل عبداً مشتركاً [أو حماراً مشتركاً]^(١١) ، بينه وبين غيره^(١٢) ، بغير إذن شريكه يصير غاصباً نصيب شريكه .

(١) في (ج) بعد هذه العبارة : « أما إذا استعمله من أمر من أمور نفسه » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « لا يصير » .

(٤) في (ب) « لأثر الشمس » ، وفي (ج) « فانثر المشمش » .

(٥) في (ج) « لا يضمن » .

(٦) في (ب) « إلا أنه » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) هو القاضي محمود بن عبد العزيز الأوزجندي ، يلقب بشمس الإسلام ، وشيخ الإسلام ، وشمس الأئمة . تفقه على شمس الأئمة السرخسي ، وهو جد قاضيخان الحسن بن منصور صاحب الفتاوى المشهورة . وسيأتي التصريح باسمه بعد ورقتين .

الجواهر المضية (٤٤٦/٣) برقم ١٦٢٥ ، و٤/١٤٣ ، و٤/٤٠٢ ، والفوائد البهية (٢٠٩) .

(٩) في (ج) « فأبق في الاستعمال » .

(١٠) سقط من (ب) ، و (ج) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٢) في (ج) « وبين غير إذنه » .

وفي أجناس الناطفي^(١) في آخر الجنس الأول من كتاب الدعوى : أن في استعمال العبد المشترك بغير إذن شريكه روايتين عن محمد . وروى^(٢) هشام عنه : أنه يصير غاصباً نصيب صاحبه .

وروى ابن رستم^(٣) عنه أنه لا يصير غاصباً ، وفي الدابة يصير غاصباً نصيب صاحبه في الروايتين ركوباً وحملأ .

وورد في زماننا من هذا الجنس فتوى من بعض البلدان ، وصورته : رجل كان يكسر الخطب ، [فجاء غلام رجل ، وقال : أعطني القدوم^(٤) والخطب حتى أكسر أنا،] فأبى صاحب^(٥) الخطب ذلك ، فأخذ^(٦) الغلام القدوم منه ، وأخذ الخطب وكسر بعضه ، وقال : إيت بآخر حتى أكسر . فأتى صاحب الخطب بخطب^(٧) آخر [٦ / ١٨ / هـ] فكسره الغلام ، وضرب^(٨) بعض المكسور من الخطب على عين الغلام ، وذهب عينه ، فاتفق مشايخ زماننا : أنه لا يكون على صاحب الخطب شيء ؛ لأن صاحب الخطب لم يأمر

(١) في (ب) « الناطق » .

(٢) في (جـ) « روى » .

(٣) هو : إبراهيم بن رستم ، أبوبكر المروزي ، أحد الأعلام ، تفقه على محمد بن الحسن ، وتفقه عليه الجهم الغفير ، صنف النوادر ، كتبها عن محمد بن الحسن ، توفي سنة إحدى عشرة ومئتين بنيسابور .

الجواهر المضية (٨٠ / ١) برقم ١٩ ، وتاج التراجم (٧) برقم ٣ ، والطبقات (١٩٤ / ١) برقم ٣٧ ، والفوائد البهية ص (٩) ، وكشف الظنون (٥ / ٥) .

(٤) القدوم : آلة للنجر والنحت ، وهي مخففة ، والعامية تخطى فيها فتثقل ، وإنما القدوم موضع .

المصباح المنير (٢ / ٤٩٤) ، والقاموس المحيط (١٤٨١) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٧٢٠) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « أبي في صاحب » .

(٧) في (ب) « فيأخذ » .

(٨) في (ب) « الخطب » .

(٩) في (جـ) « فضرِب » .

الغلام بكسر الحطب ، ولم يستعمله فيه ، [٣ / ٢٥٩ / د] وإنما فعل^(١) ذلك باختياره^(٢) ، فلا يكون على صاحب الحطب شيء^(٣) .

وسئل أبو بكر : عمن وجه جاريته إلى النخاس لبيعها^(٤) فبعثتها^(٥) امرأة النخاس في حاجة فهربت ؟ ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - الضمان على امرأة النخاس لاغير . وعلى قولهما : إن شاء^(٦) ضمن النخاس أيضا ، كما عرف في الأجير^(٧) المشترك^(٨) .

في^(٩) فتاوى أبي الليث : جارية جاءت إلى النخاس بغير إذن مولاه ، وطلبت البيع ، ثم ذهب^(١٠) ولا يدري أين ذهبت ، وقال النخاس : رددتها على المولى . فالقول قول النخاس ، ولا ضمان [عليه]^(١١) ^(١٢) .

ومعنى ذلك : أن النخاس لم يأخذ الجارية ، ومعنى الرد : أمره إياها بالذهاب إلى منزل المولى ، أما إذا أخذ النخاس الجارية من الطريق ، أو ذهب بها من منزل مولاه بغير أمره لا يصدق .

(١) في (ج) « فعل العبد » .

(٢) في (ب) « باختيار » .

(٣) تحفة الفقهاء (٣ / ٨٩) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٦) ، والهداية (٤ / ١١) ، وتبيين الحقائق

(٥ / ٢٢٢) ، والبنية (١٠ / ٢٢٢) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ب) « فبعها » ، وفي (ج) « فبعثها » .

(٦) في (ج) « وإن شاء » .

(٧) في (ج) « أجير » .

(٨) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٠) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٦) .

(٩) في (د) « وفي » .

(١٠) في (ب) « ذهب » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٢) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٦) .

ركب دابة رجل حال^(١) غيبته بغير أمره ، ثم نزل عنها ، وتركها في مكانها ، ذكر^(٢) في آخر كتاب اللقطة : أن عليه الضمان .

وذكر الناطفي في واقعاته اختلاف الروايات ، ثم قال^(٣) : والصحيح أنه لا يضمن^(٤) على قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ؛ لأن غصب المنقول^(٥) لا يتحقق بدون النقل^(٦) . وعن أبي يوسف^(٧) في^(٨) المنتقى نصاً^(٩) : أنه لا ضمان [وفي اختلاف زفر ويعقوب عن أبي يوسف أنه يضمن^(١٠)] . وصورة ما ذكر في المنتقى : رجل قعد على ظهر دابة رجل ، ولم يحولها عن موضعها ، وجاء رجل آخر ، وعقرها ، فالضمان على الذي عقرها دون الذي ركب إذا لم تعطب من ركوبه ، إن^(١١) كان جحدتها^(١٢) من^(١٣) قبل أن يعقرها ، ومنعها من صاحبها ، ولم يخرجها من موضعها ، ثم عقرها هذا الآخر ، فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء .

قال : وكذلك كل من أخذ متاع إنسان في دار صاحب المتاع ، ثم جحدته فهو ضامن وإن لم^(١٤) يخرجها من الدار ، وإن لم يجحد فلا ضمان عليه ، إلا إذا هلك من فعله ،

(١) في (ج) « في حال » .

(٢) في (ب) « ركب » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « قال ثمة » .

(٤) في (د) « أنه يضمن » .

(٥) في (ج) « الدابة » .

(٦) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٢) .

(٧) في (ج) « وعن أبي يوسف أيضا » .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١١) في (ب) ، و (ج) « وإن » .

(١٢) في (ج) « قد جحدتها » .

(١٣) سقط من (ج) .

(١٤) في (ب) « ولم » .

وأخرجه ^(١) من الدار . وهذا استحسان .

وفيه عن أبي يوسف أيضاً : رجل دخل منزل رجل ، وحول من بيت منه إلى بيت آخر من ذلك المنزل أو إلى صحن ذلك المنزل متاعاً ، وإنما يسكن المنزل الرجل وغلمانه فضاع ، ففي القياس هو ضامن ، وفي الاستحسان : لا ضمان إذا كان هذا الموضع في حرز ^(٢) مثله ^(٣) [١ / ٤٣٥ / ٢] .

وسئل قاضي القضاة شمس الإسلام محمود ^(٤) الأوزجندی : عن اصطبل مشترك بين رجلين ، لكل واحد منهما فيه بقرة ، دخل أحدهما الاصطبل ليشد [بقر] ^(٥) صاحبه حتى لا يضرب بقره ، فتحرّك ^(٦) البقر ، وتخنق بالحبل ، ومات ؟ ، قال : لا ضمان عليه إذا لم ينقله عن مكانه ^(٧) ^(٨) .

السلطان [٢ / ٥٦٩ / ج] إذا أخذ عيناً من أعيان رجل ، ورهن ^(٩) عند رجل ، فهلك عند المرتهن [إن كان المرتهن طائعا يضمن ويكون للمالك خيار ^(١٠) بين تضمين السلطان والمرتهن ، وبببني على هذا الجابي ^(١١) الذي يقال له : « بابي كار » ^(١٢)) إذا أخذ شيئاً وهو

(١) في (ب) ، و (ج) « أو أخرجه » .

(٢) في (ب) ، و (ج) ، « الحرز » .

(٣) عيون المسائل (٢ / ٢٢٩) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٨٩) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٥) ،

و (٢٣٩) ، والهداية (٤ / ١١) ، وتبيين الحقائق (٥ / ٢٢٢) ، والبنية (١٠ / ٢١٢) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) « بعير » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) « فتحرق » وفي (ج) « فتحرق » .

(٧) في (ب) « من مكانه » ، وفي (ج) « من مكان إلى مكان » .

(٨) عيون المسائل (٢ / ٢٢٩) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٥٩) .

(٩) في (ب) « وأهن » ، وفي (ج) « فهن » .

(١٠) في (ج) « الخيار » .

(١١) كذا في (ج) ، و (د) ، وفي (ب) « الجاني » .

(١٢) كذا في (ج) ، وفي (ب) « بالانكار » ، وفي (د) « بابكار » .

وهي كلمة فارسية المراد بها : الجابي .

طائع^(١) يضمن وكذا الضرّاب^(٢) إذا كان [^(٣) طائعا يضمن ، وصار الضراب^(٤)]
[والجاني]^(٥) مجرّوحين في الشهادة. ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول [من ودیعة
واقعاته]^(٦) ^(٧).

وقعت قلنسوة من رأس المصلي ، فنحّأها رجل ، فإن وضعها^(٨) حيث تناولها
[المصلي]^(٩) لا يضمن ، وإن نحاها أكثر من ذلك يضمن في واقعات الناطفي^(١٠) .
في العيون : رجل دخل منزل رجل بإذنه ، وأخذ إناء من بيته بغير إذنه لينظر إليه ،
فوقع من يده وانكسر ، لا ضمان عليه^(١١) . [إلا إذا كان نهاه صاحب البيت عن الأخذ
قبل ذلك ك لأنه مأذون في أخذه دلالة ، ألا ترى^(١٢) أنه لو أخذ كوز إناء وشرب منه
فسقط من يده وانكسر فلا ضمان^(١٣) عليه]^(١٤) .

-
- (١) مابين القوسين سقط من (د) .
(٢) في (ج) « الصراف » .
(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
(٤) في (ج) « الصراف » .
(٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « الجاني » ، والتصويب من (ج) .
(٦) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « في الواقعات من وديعته » ، والتصويب من (ج) .
(٧) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٥) ، والفتاوى الهندية (١٥٩ / ٥) .
(٨) في (ج) « فإن نحاها » .
(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
(١٠) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٢) ، وفتاوى قاضيخان (٢٣٥ / ٣) ، والفتاوى الهندية (١٥٩ / ٥) .
(١١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « فلا ضمان » .
(١٢) في (ب) « ألا يرى » .
(١٣) في (ب) ، و (د) « لا ضمان » .
(١٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

ولو أن سوقياً^(١) يبيع الأواني^(٢) من زجاج أو غيره ، وأخذ^(٣) آنية بغير إذنه لينظر إليها^(٤) فسقطت من يده ، وانكسرت^(٥) ضمن ؛ لأنه غير مأذون في أخذه نصاً^(٦) ولا دلالة^(٧) .

في فتاوى أهل^(٨) سمرقند : تقدم إلى بيع الخرف^(٩) ، وأخذ منه [غضارة]^(١٠) بإذنه^(١١) لينظر فيها ، فوقعت الغضارة من يده على غضارات آخر^(١٢) وانكسرت^(١٣) الغضارات ، فلا ضمان في [المأخوذة]^(١٤) ، لأنها مأخوذة^(١٥) بإذنه^(١٦) ، ويجب ضمان الباقيات^(١٧) .

(١) السوقي هو : مَنْ كان من أهل الأسواق ، نسبة إلى السوق التي يباع فيها .

المصباح المنير (٢٩٦/١) ، والمعجم الوسيط (٤٦٥/١) .

(٢) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « أواني » .

(٣) في (ج) « فأخذ » .

(٤) في (ج) « إليه » .

(٥) في (ج) « فسقط من يده وانكسر » .

(٦) في (ج) « لنصاً » .

(٧) عيون المسائل (٣٤٥ / ٢) ، و فتاوى قاضيه خان (٢٣٧ / ٣) .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) الخرف : الطين المعمول آنية قبل أن يطبخ ، وهو الصلصال ، فإذا شوي فهو الفخار .

المصباح المنير (١٦٨/١) ، والقاموس المحيط (١٠٣٨) ، والمعجم الوسيط (٢٣٢/١) .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، الكلمة مهملة « عصاره » ، والتصويب من

(ج) وكذا في جميع مواضع ورودها .

(١١) في (ب) « به » .

(١٢) في (ج) « غضارة أخرى » .

(١٣) في (ج) « فانكسرت » .

(١٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « المأخوذ » والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٥) في (ب) « ماء مأخوذة » .

(١٦) في (ب) ، و (ج) « بإذن » .

(١٧) عيون المسائل (٣٤٥ / ٢) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٣) ، وفتاوى قاضيه خان =

شرع في الحمام،^(١) وأخذ طاساً^(٢) وأعطاهها غيره ، فوقعت^(٣) من يد الثاني ، وانكسرت^(٤) فلا ضمان على الأول ؛ لأن الأول إما أن يكون مستأجراً أو مستعيراً ، وللمستأجر أن يعير . وكذلك للمستعير أن يعير^(٥) فيما لا يتفاوت الناس فيه^(٦) .

في المنتقى : رجل عنده وديعة لرجل ، وهي ثياب ، فجعل المودع فيها ثوبا له ، ثم طلبها صاحب الوديعة ، فدفع كلها إليه ، فضاغ ثوب المودع ، فصاحب الوديعة ضامن له . قال ثمة : كل من أخذ شيئاً على أنه [٢ / ٤٣ / ب] له ، ولم يكن له ، فهو ضامن^(٧) .

رجل أضاف رجلاً ، فنسي الضيف عنده ثوبا ، فأتبعه [٦ / ١٩ / هـ] المضيف بالثوب ، فغصب الثوب غاصب في الطريق ، قال : إن غصب في المدينة فلا ضمان على المضيف ، وإن غصب خارج المدينة فهو ضامن^(٨) .

في نوادر ابن رستم : ضرب رجلاً حتى سقط ومات ، ومع المضروب مال ، فتوى قال محمد - رحمه الله - : الضارب ضامن للمال^(٩) الذي كان مع المضروب ، وكذلك

= (٢٣٧ / ٣) .

(١) الحمام : مشدد : واحد الحمامات المبنية وهي ما يغتسل فيه .

المصباح المنير (١ / ١٥٢) ، ولسان العرب (١٢ / ١٥٣) ، والمعجم الوسيط (١ / ٢٠٠)

(٢) في (ب) ، و (ج) « صحاية » ، والطاس هو : إناء من نحاس ونحوه ، يشرب فيه أوبه ، والعامية يقولون : طاسة .

المعجم الوسيط (٢ / ٥٧٠) .

(٣) في (ج) « فوقع » .

(٤) في (ج) « وأنكر » .

(٥) ما بين للمعقوفين سقط من (ب) .

(٦) الفتاوى الهندية (٥ / ١٥٩) .

(٧) الفتاوى الهندية (٥ / ١٥٩) .

(٨) فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٧) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٥٩) .

(٩) في (ب) « المال » .

يضمن ثيابه التي عليه^(١) إذا ضاعت ؛ لأنه هو الذي استهلك ذلك [كله]^(٢) ^(٣) .
تعلق برجل وخاصمه فسقط عن المتعلق به شيء ، وضاع ، [ضمنه]^(٤) المتعلق^(٥) .
في فتاوى سمرقند^(٦) : بعث الرجل رجلاً إلى القصار^(٧) ليأخذ ثوباً له ، فدفع
القصار إلى الرسول ثوبا ، فضاع الثوب من يد الرسول ، وظهر أن الثوب [لم يكن
للمرسِل ، وإنما كان لغيره ، قال : ينظر إن كان الثوب]^(٨) للقصار فلا ضمان على
الرسول ، وإن كان لغير القصار ، فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمن القصار ، وإن شاء
ضمن الرسول^(٩) .

في غصب المنتقى : بعث الرجل غيره إلى ما شئته ، فأخذ المبعوث دابة الأمر،
وركبها، فهلكت الدابة في الطريق : إن كان بين الأمر والمبعوث انبساط في أن يفعل مثل
ذلك فلا ضمان ، وإلا فهو ضامن^(١٠)^(١١) .

(١) في (د) « التي كانت عليه » ، وفي (ج) « الذي عليه » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ب) عيون المسائل (٢ / ٢٧١) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٥٩) .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) « ضمن » والتصويب من باقي النسخ .

(٥) فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٠) .

(٦) في (د) « أهل سمرقند » .

(٧) القَصَّار كشدَّاد : من حرفته القَصَّارة بالكسر ، ومحور الثياب ، والمبيض لها ، وكان يهيا النسيج
بعد نسجه ببله ودقه بالقَصَّرة أو المُقَصِّرة كمكنسة ، وهي خشبته .

المغرب (٣٨٤) ، والقاموس المحيط ص (٥٩٥) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٧٣٩) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) الفتاوى الهندية (٥ / ١٦٠) .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٨) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٥) .

(١١) في (أ) بعد كلمة « ضامن » : « لأن هذا ليس معتاداً فيصير به غاصباً » . في العيون : والخنصر
اليمنى واليسرى سواء هو الصحيح » . وقد وهم الناسخ في وضع العبارة هنا ، وإنما مكانها بعد
سطين كما هو موجود في باقي النسخ .

وقد أشار ناسخ (د) إلى ذلك ، بجعل العبارة بين قوسين مزدوجين للتنبيه إلى أن ورودها في الموضع

[في غصب فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : ارتهن خاتماً (أواستودع خاتماً)^(١) وجعله في خنصره فضاع فهو ضامن]^(٢) ؛ [لأن هذا ليس بمعتاد^(٣) فيصير به غاصباً .
في العيون : والخنصر اليمنى واليسرى سواء هو الصحيح]^(٤) لأن بعض الناس يجعلونه في اليمنى ، والبعض يجعلونه في اليسرى . وإن جعله في البنصر ، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي : أنه لا ضمان ؛ لأن هذا ليس بلبس معتاد ، بل هو للحفظ فلا يصير به غاصباً .

وذكر شيخ الإسلام : أنه ضامن وسوى بين الخنصر والبنصر ، والأول أصح . وإن جعله في خنصره فوق خاتم آخر ، فالمروي عن محمد في بعض الروايات : أنه لا ضمان ، فذكر له عن بعض السلاطين أنه يلبس الخاتم فوق الخاتم ، فقال محمد : يلبسه للتختم^(٥) إشارة إلى أن هذا اللبس ليس للترزين فلا يكون استعمالاً فلا يكون غصباً . وفي آخر كتاب اللقطة : أن الرجل إذا كان معروفاً بلبس خاتمين للترزين ، فهو ضامن ، وإلا فلا يكون ضامناً^(٦) ^(٧) .

وإن كان^(٨) سيفاً فتقلده^(٩) صار ضامناً . وكذلك لو كان^(١٠) متقلداً سيفاً فتقلد

الأول وهم .

- (١) مابين القوسين سقط من (ج) .
- (٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) .
- (٣) في (ب) ، و (د) « ليس معتاد » .
- (٤) مابين المعقوفين سقط من (أ)
- (٥) في (ب) ، و (ج) « للخنم » .
- (٦) في (ب) ، و (ج) فلا يضمن .
- (٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٠) ، ورقم ٣٠٠ ، و عيون المسائل (٢ / ٢٢٩) ، والمبسوط (١١ / ١٣) ، و فتاوى قاضيه خان (٣ / ٢٣٧) .
- (٨) سقط من (ب) ، و (ج) .
- (٩) في (ب) « سعالقلده » .
- (١٠) في (ب) ، و (ج) « إن كان » .

بهذا وإن كان متقلدا سيفين فتقلد بهذا لا يضمن بالإجماع^(١).

سكران ذاهب العقل ، وقع ثوبه في الطريق ، والسكران نائم في الطريق ، جاء رجل ، وأخذ ثوبه ليحفظه^(٢) فهل لك الثوب في يده فلا ضمان ، ولو كان الثوب تحت رأسه ، والمسألة بحالها ضمن^(٣) .

في فتاوى سمرقند^(٤) : إذا أخذ القلنسوة من رأس رجل ، ووضعها^(٥) على رأس رجل آخر ، فطرحها الآخر من رأسه ، قضاعت : إن^(٦) كانت القلنسوة بمرأى عين من^(٧) صاحبها ، وأمكنه رفعها وأخذها فلا ضمان على واحد منهما ؛ لأنه حصل الرد إلى المالك ، وإن كان بخلاف ذلك فصاحب القلنسوة بالخيار إن شاء ضمن الآخذ ، وإن شاء ضمن الطارح^(٨) .

زق^(٩) انفتح فمر به رجل ، فإن لم يأخذه ولم يدن منه فلا ضمان عليه . [٢ / ٤٣٦]

وإن أخذه ، ثم تركه ، فإن كان المالك غائباً ، فهو ضامن ، وإن كان حاضراً فلا ضمان . وعلى هذا إذا رأى إنساناً ما وقع من كُمٍّ غيره^(١٠) .

(١) عيون المسائل (٢ / ٢٣٢) ، والمبسوط (١١ / ١٤) ، وفتاوى قاضيان (٣ / ٢٣٩) .

(٢) في (ب) (لل حفظ) .

(٣) فتاوى قاضيان (٣ / ٢٤٠) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « سمرقنديان » ، وفي (د) « أهل سمرقند » .

(٥) في (ج) « فوضعها » .

(٦) في (ب) . و (ج) « فإن » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٢) ، وفتاوى قاضيان (٣ / ٢٣٧) ، والفتاوى

الهندية (٥ / ١٥٩) .

(٩) الرِّق : بالكسر : السَّقاء ، أو الظَّرْف ، والوعاء من جلدٍ للشراب وغيره .

المصباح المنير (١ / ٢٥٤) ، ولسان العرب (١٠ / ١٤٣) ، والقاموس المحيط ص (١١٥٠) ،

والمعجم الوسيط (١ / ٣٩٦) .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١١) ، وفتاوى قاضيان (٣ / ٢٣٧)

في فتاوى أبي الليث : عن خلف بن أيوب^(١) عن محمد بن الحسن : رجل أدخل دابته في دار رجل ، فأخرجها صاحب الدار ، فضاعت فلا ضمان عليه . ولو وضع رجل ثوباً في دار رجل ، قرمي به صاحب الدار ، قضاع ، فهو ضامن ؛ لأن كون الدابة [في الدار]^(٢) ضرر لصاحب الدار ، فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه ولا كذلك كون الثوب في الدار^(٣) . [- والله أعلم -]^(٤) .

(١) هو خلف بن أيوب العامري ، البلخي ، أبو سعيد ، أحد الفقهاء الأعلام ببلخ ، كان من أصحاب زفر ، وتفقه على أبي يوسف ، قال الذهبي في شرح السير الكبير للسرخسي : الإمام المحدث الفقيه مفتي المشرق ، أبو سعيد العامري البلخي الحنفي ، الزاهد ، عالم أهل بلخ . توفي سنة خمس ومئتين من تصانيفه : الاختيارات في الفقه .

طبقات ابن سعد (٣٧٥ / ٧) وسير أعلام النبلاء (٥٤١ / ٩) ، وأجواهر المضنية (١٧٠ / ٢) برقم

٥٦٢ ، والفوائد البهية ص (٧١) ، وكشف الظنون (٢٨٥ / ٥)

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٨) ، وعيون المسائل (٢٢٨ / ٢) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، و (د) .

الفصل الثاني

في حكم الغصب

ف نقول : للغصب حكمان : أحدهما : وجوب رد العين ما دام على حاله لم يتغير .
قال عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد »^(١) .^(٢)

والتغير نوعان : قد يكون من حيث الزيادة ، وقد يكون من حيث النقصان ، وقد

(١) في (ب) « يرد » .

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع والإحارات ، باب ٩٠ - في تضمين العارية (٨٢٢/٣) الحديث رقم ٢٥٦١ ، بسنده عن سمرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ثم إن الحسن نسي فقال : هو أمينك ، لا ضمان عليه .

والترمذي في البيوع ، باب ٣٩ - ما جاء في أن العارية مؤداة (٥٦٦/٣) الحديث رقم ١٢٦٦ ، وقال : حديث حسن صحيح ، وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم إلى هذا ، وقالوا : يضمن صاحب العارية ، وهو قول الشافعي وأحمد ، وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم : ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف ، وهو قول الثوري وأهل الكوفة ، وبه يقول إسحاق . انتهى كلامه .

وأخرجه ابن ماجه في الصدقات ، باب ٥ (٨٠٢/٢) الحديث رقم ٢٤٠٠ .

والإمام أحمد في المسند (١٣، ١٢/٥) .

والحاكم في المستدرک (٥٥/٢) وقال : صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي .

والدارمي في البيوع ، باب ٥٦ - في العارية مؤداة (١٧٨/٢) الحديث رقم ٢٥٩٩ .

والبيهقي في السنن الكبرى (٩٠/٦ ، ٩٥) كتاب العارية ، باب العارية مضمونة . وانظر : الجوهر النقي في ذيل السنن . وشرح السنة (٢٢٦/٨) والفردوس للديلمی (٦٠/٣) .

وزادوا جميعاً إلا ابن ماجه والدارمي والديلمی : « ثم إن الحسن نسي فقال : هو أمينك ، لا ضمان عليه » .

وضَعَفَ الحديث الشيخ الألباني . انظر : الإرواء (٣٤٨/٥ ، ٣٤٩) الحديث رقم ١٥١٦ - وضعيف الجامع الصغير (٣٨/٤) الحديث رقم ٣٧٣٩ .

يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بغير فعله^(١) ^(٢) .

قال محمد في الأصل : إذا غصب من آخر ثوباً فصبغه أصفر أو أحمر^(٣) ، فصاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه أبيض، وكان الثوب للغاصب ؛ وإن شاء أخذ الثوب وضمن الغاصب ما زاد [الصبغ في ثوبه ؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب، قائم في الثوب ، وتعذر إيصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد ، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين ، [٣ / ٢٦٠ / د] فرجحنا جانب صاحب الثوب^(٤) ؛ لأنه صاحب أصل، فإن^(٥) شاء ضمنه قيمة الثوب، أبيض وترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم ، وهو قيمة الصبغ ، وإن شاء أخذ الثوب ، وضمن قيمة ما زاد [^(٦) الصبغ فيه ، فيصل إلى مالك الثوب عين حقه وإلى صاحب البضع مالية حقه . وفيه خيار آخر، وهو : أن يترك الثوب على حاله ، والصبغ على حاله ، ويباع الثوب ، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما^(٧) .

وإن صبغه أسود ، ثم جاء رب الثوب، كان له أن يضمن الغاصب [قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب ، ولا شيء للغاصب]^(٨) وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : السواد بمنزلة العصف^(٩) وهذا اختلاف

(١) في (ج) « بفعل غيره » .

(٢) تحفة الفقهاء (٩١ / ٣) ، وبيدائع الصنائع (١٤٨ / ٧) ، والهداية (١٢ / ٤) .

(٣) في (ج) « أحمر أو أصفر » .

(٤) في (ج) « الثوب ؛ لأنه صاحب الثوب ؛ لأنه صاحب أصل » .

(٥) في (ج) « وإن » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) في هامش (د) : « وفي التبايع : فما أصاب الثوب الأبيض فهو لصاحب الثوب ، وما أصاب الصبغ فهو للغاصب » وأشار إلى نقله عن التتارخانية .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٩) العصف^(٩) : نَبْتُ يَهْرئ اللحم الغليظ . قال ابن سيدة : العصف^(٩) هذا الذي يصبغ به ، منه ريفي ومنه بري، وكلاهما نبت بأرض العرب ، وقد عصفرت الثوب : صبغته به فتعصف^(٩) . =

عصر^(١) وزمان^(٢) . وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب ، وينقص من قيمة البعض . فإن كان المغصوب شيئاً ينقص بالسواد فالجواب ما قال أبو حنيفة - رحمه الله - ، وإن كان يزيد فالجواب ما قال ، ولم يذكر في الباب ما إذا نقص العصفر الثوب بأن كان قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته إلى عشرين . وقد يكون لون العصفر نقصانا في الثوب .

وروى هشام عن محمد : أنه ينظر إلى قيمة الصبغ في الثوب^(٣) يزيد فيه ، فإن كان قيمته خمسة ، فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم ؛ لأن صاحب الثوب استوجب على الغاصب عشرة ، والغاصب استوجب عليه قيمة الصبغ خمسة ، فصارت الخمسة بالخمسة قصاصا ، بقي نقصان الثوب بقدر خمسة بلا جابر ، وكذلك السواد على هذا^(٤) .

ولو غصب [من آخر]^(٥) ثوباً ، وقصره ، كان لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب ولا يضمن الغاصب شيئاً ؛ لأنه لم يتصل بالثوب شيء من مال الغاصب^(٦) .

وإذا غصب سويقاً ، ولته^(٧) بسمن [٦ / ٢٠ هـ] ، ثم حضر المالك ، فله الخيار إن

= المصباح المنير (٤١٢ / ٢) ، ولسان العرب (٥٨١ / ٤) ، والقاموس المحيط ص (٥٦٧) .

(١) سقط من (ج) .

(٢) في هامش (د) :

« وفي العناني : فأبو حنيفة أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية ، وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد ، وهما أجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد . وقد كان أبو يوسف يقول أولاً يقول أبي حنيفة ، فلما ولي القضاء وأمر بلبس السواد احتج إلى التزام مؤنة في ذلك ، وقال : السواد زيادة » . وأشار إلى نقله عن التتارخانية .

(٣) في (ب) ، و (ج) « ثوب » .

(٤) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم (٤٨٣) ، ومختصر الطحاوي ص ١١٩ ، وعبون المسائل (٢ / ٢٢٩)

، والليباب (١٩٣ / ٢) ، والمبسوط (٨٤ / ١١) ، وبدائع الصنائع (١٦٠ / ٧) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) المبسوط (٩٤ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٩٩ / ٣) ، وبدائع الصنائع (١٦٢ / ٧) .

(٧) اللت : من : لت السويق لتاً من باب قتل : بلكه بشيء من الماء ، وخلطه به ،

المغرب (٤٢٠) ، والمصباح المنير (٥٤٩ / ٢) ، القاموس المحيط ص (٢٠٤) .

شاء ترك السوق [عليه وضمنه قيمة سويقه . ذكر القيمة في السوق مع أن السوق] ^(١) من ذوات الأمثال ، بعض مشايخنا قالوا: المراد ^(٢) من القيمة المذكورة في الكتاب [المثل] ^(٣) . وإذا ^(٤) كان المراد حقيقة القيمة ، فهو محمود على ما إذا انقطع السوق ، وبعضهم قالوا: إن كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على الرواية التي لا يجوز بيع السوق بمثله ، فإن في بيع السوق ، بمثله روايتين ، وإن شاء أخذ السوق ، وضمن سمناً مثل سمن الغاصب ^(٥) .

وإذا غصب ثوباً ، وقطعه قميصاً ، ولم يخطه ، فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقص القطع ، وإن شاء ترك الثوب عليه ، وضمنه قيمته . هذه المسألة تبتني على مسألة أخرى : أن من خرق ثوباً لغيره ، إن كان الخرق فاحشاً ، فصاحب الثوب بالخيار ، وإن شاء ترك الثوب عليه ، وضمنه جميع قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب ، وضمنه النقصان . وإن كان الخرق يسيراً كان للمالك ^(٦) تضمين النقصان لا غير .

واختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق الفاحش واليسير ^(٧) ، بعضهم قالوا : إنه ^(٨) إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش ، وإن كان دون ذلك فهو يسير . وقال بعضهم : إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير . وبعضهم قالوا ^(٩) : الفاحش ما لا يصلح الثوب ، واليسير ما يصلح .

(١) مابين المعنوفين سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « المراد فهو من » .

(٣) مابين المعنوفين في (أ) ، و (د) ، « المثلى » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « وإن كان » .

(٥) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم (٤٨٣) ، واللباب (١٩٣ / ٢) ، والمبسوط (٨٥ / ١١) ، وبدائع

الصنائع (١٦١ / ٧) ، . والهداية (١٧ / ٤) .

(٦) في (ج) « المالك » .

(٧) في (ج) « بين الخرق اليسير وبين الفاحش » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ب) « وقال بعضهم » .

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده : قالوا : ما ذكروا من التحديد من هذه الوجوه الثلاث لا يصح ، بدليل مسألة قطع القميص ، [فإن محمداً أثبت لمالك الثوب الخيار بعد قطع القميص]^(١) على الوجه الذي قلنا ، والثوب بعد ما قطع قميصاً يصلح للقميص إن كان لا يصلح للقباء^(٢) وأمثاله ، والساقط من القيمة أقل من النصف ومن الربع ؛ مع هذا [٢ / ٤٣٧ / ١] اعتبره محمد فاحشاً . فالصحيح^(٣) من الحد على ما قاله محمد : أن الخرق الفاحش ما يفوت به^(٤) بعض العين وبعض المنفعة ؛ بأن [فات]^(٥) : جنس منفعة ، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير من الخرق ما لا يفوت^(٦) به شيء من المنفعة ، وإنما يفوت الجودة ، ويدخل به^(٧) نقصان في المالية .

قال الشيخ الإمام^(٨) شمس الأئمة الحلواني : وقد قيل : يرجع في ذلك إلى الخياطين [وأهل الصناعة]^(٩) ، إن عدوا ذلك نقصاناً فاحشاً فهو فاحش ، وإن عدوا ذلك نقصاناً يسيراً فهو يسير . وقال بعضهم^(١٠) : إن كان طولاً فهو فاحش ، وإن كان عرضاً فهو يسير . قال محمد^(١١) - رحمه الله - : فالقول الأول أصح .

جئنا إلى مسألة [قطع القميص]^(١٢) فنقول^(١٣) : قطع القميص خرق فاحش ؛ لأنه

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٢) القباء : ثوب يلبس فوق الثياب أو القميص ويتمنطق عليه ، والجمع أقبية .

المصباح المنير (٢ / ٢٨٩) ، ولسان العرب (١٥ / ١٦٨) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٧١٣)

(٣) في (ج) « والصحيح » .

(٤) في (ج) « بهم » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « قال » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ج) « ما يفوت » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « بسببه » .

(٨) في (ب) ، و (ج) الإمام الأجل .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) « بعض » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) سقط من (ب) ، و (ج)

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

يفوت به بعض المنافع، وفي الخرق الفاحش صاحب الثوب بالخيار؛ لأنه استهلاك من وجه دون وجه، فإن شاء مال إلى جهة الاستهلاك، وضمنه القيمة، وإن شاء مال إلى جهة القيام، وضمنه النقصان .

قال الشيخ الإمام الأجل^(١) شمس الأئمة الحلواني: القطع أنواع ثلاثة: قطع فاحش غير مستأصل للثوب، وهو ما بينا^(٢)، والحكم^(٣) فيه ما ذكرنا . وقطع يسير وهو: أن يقطع طرفاً من أطراف الثوب، ولا^(٤) يثبت فيه الخيار للمالك، ولكن^(٥) يضمنه النقصان . وقطع فاحش مستأصل للثوب، وهو: أن يجعل الثوب قطعاً لا يصلح إلا للخرقة، ولا يرغب أحد في شرائه .

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا الفصل: أن للمالك الخيار إن شاء ترك القطع عليه، وضمنه القيمة، وإن شاء أخذ القطع، ولا شيء عليه^(٦) . وعندهما: له أن يأخذ الثوب، ويضمنه النقصان . وهذه المسألة فرع مسألة الديات: إذا قطع يدي عبدٍ إنساناً .

قال الشيخ الإمام [الأجل شمس الأئمة]^(٧) السرخسي: والحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك إذا كان الخرق فاحشاً، وإمساك الثوب وأخذ النقصان إذا كان الخرق يسيراً، [فهو]^(٨) الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال^(٩) الربوية،

(١٣) في (ج) « فيقول » .

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « باتفاق » .

(٣) في (ج) « الحكم » .

(٤) في (ب) و (ج) « فلا » .

(٥) في (ج) « بل يضمنه » .

(٦) في (ج) « ولا شيء له » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) « فهو في » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (د) « الأعيان » ، وقد صححها المصحح في الهامش إلى : الأموال .

فإن التعيب هناك^(١) فاحشاً كان أو يسيراً^(٢) كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين له وضمن له^(٣) مثله أو قيمته؛ لأن تضمين النقصان متعذر لأنه يؤدي إلى الربا. هذا إذا قطع الثوب قميصاً، ولم^(٤) يخطه، فإن^(٥) خاطه ينقطع حق المالك عندنا^(٦) (٧).

وإذا غصب دابة، وقطع يدها، أو رجلها، فلا خيار للمالك فيها، بل يضمه القيمة، ويترك الدابة عليه. وكذلك لو كانت شاة، أو بقرة، أو^(٨) جزورا، فذبحها أو قطع يدها، أو رجلها كان الجواب كذلك^(٩).

قال شمس الأئمة الحلواني: ويستوي أن يكون الشاة للقصاب أو لغيره^(١٠)، هو^(١١) الصحيح، وقد روي في رواية أخرى: أن^(١٢) في مأكول اللحم للمالك الخيار، ولم يذكر محمد في مسألة^(١٣) [٢ / ٥٧٠ ج] الشاة ما إذا أراد المالك أن يأخذ الشاة بعد الذبح،

(١) سقط من (د).

(٢) في (ج) زيادة هي: « يسيراً فهو الحكم في كل عين »، وهي مكررة لما قبلها، فهي وهم من الناسخ.

(٣) في (ب)، و (ج) « وبضمه ».

(٤) في (ج) « أولم ».

(٥) في (ب) « وإن ».

(٦) سقط من (ج).

(٧) الأصل لمحمد، اللوحة رقم (٤٨٣)، والمبسوط (١١ / ٨٥، و ٨٦)، وانظر مختصر الطحاوي ص (١١٩)، واللباب (٢ / ١٩٠)، وتخفة الفقهاء (٣ / ٩٢)، وبدائع الصنائع (٧ / ١٥٨)، والهداية (٤ / ١٦).

(٨) سقط من (ج).

(٩) الأصل: لمحمد، اللوحة رقم (٤٨٣).

(١٠) في (ج) « غيره ».

(١١) في (ب) « هذا هو ».

(١٢) سقط من (ج).

(١٣) في (د) « المسألة ».

ولا يضمنه النقصان ، هل له ذلك ؟ . وروى ^(١) الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن له ذلك .

قال شيخ الإسلام : ذكر محمد في كتاب الغصب ما يدل على هذا ، فإنه قال فيمن غصب عصيرا فصار خلا عنده ، ثم جاء المالك ، [٦ / ٢١ / هـ] كان بالخيار إن شاء ضمن عصيرا مثل عصيره ، وإن شاء أخذ الخل ، وبعد ما صار خلا لم يبق ^(٢) فيه شيء من منافع العصير ، كالشاة بعد الذبح [ثم أثبت للمالك حق الأخذ إن شاء الله ، فهذا يدل على أن في الشاة المذبوحة له ذلك ؛ لأن الذبح ^(٣) والسلخ زيادة . قال شمس الأئمة الحلواني : والصحيح أنه ليس له ذلك [أشار إلى أن حق المالك ينقطع بمجرد الذبح ، وإنه يخالف ظاهر الرواية] ^(٤) ^(٥) .

وفي المنتقى : هشام عن محمد : رجل قطع يد حمار ، أو رجل حمار ، وكان لما بقي قيمة ، فله أن يمسك ^(٦) ويأخذ النقصان . [وإن ذبح حمار إنسان ذبحا ^(٧) ، فقال صاحبه : إني أضمنه النقصان] ^(٨) ، وأسلم ^(٩) إليه الحمار ^(١٠) ، فإن كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك ، وإن كان قتله ^(١١) فليس له ذلك . قال هشام : لأن ذبحه بمنزلة الدباغ .

(١) في (ب) « روى » .

(٢) في (جـ) « يتو » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (جـ) .

(٥) الأصل لحمد ، اللوحة رقم (٤٨٤) .

(٦) في (جـ) « يمسكه » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٩) في (ب) « ولاسلم » وكذا في (هـ) ، وفي (جـ) الكلمة منطومة .

(١٠) في (جـ) « الجلد » .

(١١) كذا في (ب) ، و (هـ) ، وفي (جـ) غير منقوطة ، وفي (أ) ، و (د) قبله ، ولعل

الصواب ما أثبت .

وفي النوادر : إذا قطع أذن الدابة أو بعضه^(١) يضمن النقصان^(٢) . وعن شريح - رضى الله عنه - أنه^(٣) إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة ، وإن كان لغيره يضمن النقصان لا غير^(٤) .

استهلك قلب فضة^(٥) إنسان ، وأحرقه ، يضمن قيمته مصوغاً^(٦) ؛ لأن الصياغة^(٧) في مال الربا يضمن مع المثل^(٨) بالإتلاف ، كالجودة ، ولا يمكن إيجاب قيمته مصوغاً من جنسه ؛ لأنه ربا ، ولا يمكن إيجاب مثله مصوغاً ؛ لأنه ليس من ذوات الأمثال ، فتعين إيجاب القيمة مصوغاً^(٩) من خلاف [٢ / ٤٤ / ب] الجنس وإن^(١٠) وجده صاحبه مكسوراً^(١١) فهو بالخيار ؛ لأن الكسر عيب فاحش ، فإن^(١٢) رضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه ربا . وإن^(١٣) أراد أن يضمن الغاصب قيمته ، ضمنه قيمته^(١٤)

(١) سقط من (ب) .

(٢) في هامش (ج) « بيان قطع أذن الدابة وذنبها . وفي هامش (د) : « وجعل قطع الأذن من الدابة نقصاناً يسيراً وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان » .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) عيون المسائل (٢ / ٢٣١) ، واللباب (٢ / ١٩٠) ، والمبسوط (١١ / ٨٦) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٩٣) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٥٨) ، و (٧ / ١٦٤) ، والهداية (٤ / ١٦) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٥) .

(٥) قلب فضة أي : سوار غير ملوي ، مستعار من قلب النخلة ، وهي جمارتها ؛ لبياضها .

لمصباح المنير (٢ / ٥١٢) ، وطلبة الطلبة ص (٢٠١) ولسان العرب (١ / ٦٨٨) .

(٦) في (ج) « مصوغاً » .

(٧) في (ب) « الصناعة » ، وفي (ج) « الصبغة » ، وفي (د) « الصباغة » .

(٨) في (ج) « الأصل » .

(٩) في (ب) « مصوغاً » .

(١٠) في (ج) « فإن » .

(١١) في (ب) « مكسورة » .

(١٢) في (ج) « وإن » .

(١٣) في (ج) « وإذا » .

مصوغاً^(١) من الذهب . وكذلك كل إناء مصوغ كسره رجل ، إن كان من فضة فعليه الذهب . وإن كان كسر درهما أو ديناراً فعليه مثله ، والمكسور للكاسر .

قال شيخ الإسلام : قال مشايخنا : هذا^(٢) إذا كان الكسر ينقص من ضربه^(٣) ، فأما^(٤) إذا كان الكسر لا ينقص من ضربه فليس له إلا ذلك المكسور لأن [٣ / ٢٦١ / د] ما هو المقصود من الدراهم والدنانير قام^(٥) بعد الكسر على حالة^(٦) لم تنقص^(٧) ، وهذا كما قلنا [٢ / ٤٣٨ / أ] فيمن كسر رغيف^(٨) إنسان^(٩) : ليس لصاحبه^(١٠) إلا المكسور لما قلنا كذا ههنا . قال شمس الأئمة السرخسي : عليه مثله وإن شاء صاحبه أخذه ، ولم يرجع عليه بشيء^(١١) ، سواء انتقصت ماليته بالكسر أو لم تنتقص^(١٢) .

غصب من آخر جارية شابة ، وكانت عنده حتى صارت عجوزاً ،^(١٣) فإن لصاحبها

(١٤) سقط من (ج) .

(١) في (ب) « مصوغاً » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (ب) « ضربه فأما إذا كان الكسر ينقص من ضربه » ، وهي تكرار .

(٤) في (ج) « وأما » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « حاله » .

(٧) في (ب) ، و (د) « تنقص » .

(٨) في (ب) « اعنف » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) في (ج) « بصاحبه » .

(١١) في (ج) « سيئاً » .

(١٢) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم ٤٨٣ ، والمبسوط (١١ / ٨٨) ، وانظر مختصر الطحاوي ص (١١٩) ،

واللباب (٢ / ١٩٢) . وتحفة الفقهاء (٣ / ٩١) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٥٩) ، والهداية (

٤ / ١٦) .

(١٣) في (ج) « عجوزاً » .

أن يأخذها و] ما [^(١) نقصها . وكذلك لو غصب غلاماً شاباً ، فكان ^(٢) عنده حتى هرم ، أخذه صاحبه وما نقصه ، وهذا إذا كان النقصان يسيراً ، فإن كان فاحشاً يخير المالك بين الأخذ والترك . عليه أكثر المشايخ . ولو غصب صبياً فشب عنده أو نبت شعر وجهه عنده فصار ملتحمياً أخذه صاحبه ولا يضمنه شيئاً . ولو غصب جارية ناهدة الثدين فانكسر ثديها عنده ضمن النقصان . ولو غصب عبداً محترفا فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامناً للنقصان .

ولو غصب ثوباً ^(٣) فعفن أو اصفر ، أخذه المالك وما نقصه ، هذا ^(٤) إذا كان النقصان يسيراً ، فأما ^(٥) إذا ^(٦) كان كثيراً يخير بين الأخذ والترك ، وإن كان المغصوب مكياً أو موزوناً . فعفن عند الغاصب فعليه مثله ، وهذا الفاسد للغاصب ، وإن ^(٧) شاء أخذ الطعام العفن ولا شيء عليه ^(٨) وإنما كان كذلك ؛ لأن تضمين النقصان في المكيلات والموزونات يؤدي إلى الربا ؛ لأنه يصل إليه مثل وزنه وكيله وزيادة فتكون ^(٩) الزيادة بإزاء الجودة والجودة في مال الربا لا قيمة لها بانفرادها ، والاعتياض عما لا قيمة له ربا ، وفي الثياب لا يكون ربا ؛ لأن الزيادة تكون بإزاء الجودة ، والاعتياض عن الجودة في الثياب جائز ^(١٠) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « وكما » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) « وكان » .

(٣) في (ب) « جارنا » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « وهذا » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « فإذا » .

(٧) في (ب) « فإن » .

(٨) في (ج) « له » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « فيكون » .

(١٠) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم (٤٨٣) ، وعيون المسائل (٢ / ٢٣١) ، والمبسوط (٩٠ / ١١) ،

وتحفة الفقهاء (٩٢ / ٣) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٥٥) .

غصب فضة ، وضربها دراهم ، أو صاغها إناء ، أو غصب ذهباً فضربه دنانير أو صاغه إناء ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا ينقطع حق المالك ؛ بل أخذ^(١) الذهب والفضة ولا أجر للغاصب . وقال أبو يوسف ومحمد : ينقطع حق المالك ويعطيه مثل ذهبه [وفضته]^(٢) . وإن غصب دراهم وسبكها لم يضرب منه شيئاً فإنه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف . ووجه قول أبي يوسف ومحمد : أنه أحدث صنعة متقومة ، [واستهلك]^(٣) المغصوب من وجهه ، أما إذا ضربها دراهم ؛ لأنه كسرهما ؛ لأن [ضرب]^(٤) الدراهم لا يتأتى إلا بعد الكسر ، وأما إذا صاغها إناء ، فلأنه أخرجها من الثمنية ؛ لأن قبل هذا لا يتعين بالتعيين ، والآن يتعين .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول : الاستهلاك لم يوجد ، ومجرد الصنعة بدون الاستهلاك من وجهه لا يوجب انقطاع حق^(٥) المالك ، وإنما قلنا : لم يوجد الاستهلاك ؛ لأن الاستهلاك من وجهه بتفويت بعض الأعيان أو بتفويت جنس المنفعة ، وبضرب الفضة دراهم لم يفت شيء من العين ؛ لأن قيام العين في الذهب والفضة بقيام الوزن ، والوزن على حاله ، ولم يفت جنس المنفعة ؛ لأن منفعتها الثمنية ، والثمنية قد ازدادت بالضرب دراهم ، وكذلك بجعلها إناء لم يفت العين ولم يفت^(٦) الثمنية^(٧) [بل انتفت معنى]^(٨) الثمنية^(٩) ، والنقصان^(١٠) لا يقطع حق المالك^(١١) .

(١) في (ب) « أخذه » ، و (ج) « يأخذ » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، والتصويب من (ب) ، و (د) .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « واستهلاك » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) « ضربه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (د) « تفت » .

(٧) في (ج) « منفعة الثمنية » .

(٨) في (ج) « مع » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ج) « وبالنقصان » .

المالك لو غصب صفرا ، وجعله^(١) كوزا ينقطع حق المالك . وكان الكرخي يقول : هذا إذا كان بعد الصنعة لا تباع وزناً ، أما إذا كان يباع وزناً ينبغي أن لا ينقطع حق المالك عند^(٢) أبي حنيفة - رحمه الله - ، كما في النقرة^(٣) (٤) .

وقال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي : الصحيح^(٥) أن الجواب مطلق ، بخلاف النقرة^(٦) عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وإن كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره ، أو قبل أن يقضي له بالقيمة ، فإن^(٧) عليه قيمة الكوز صحيحا ، ويأخذ الكوز .

قال شمس الأئمة الحلواني : ولا تقع^(٨) المقاصة^(٩) بين الضمانين ؛ لأن ما^(١٠) وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل ؛ لأنه يضمنه مثل وزنه من الصفر ، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة ، وهو قيمة الكوز ، فكانا^(١١) من جنسين فلا تقع^(١٢) المقاصة [بينهما]^(١٣) .

(١١) المبسوط (١٠١/١١) ، وفتاوى قاضخان (٢٥٧/٣) .

(١) في (ج) « وجعل » .

(٢) في (ب) « وعند » .

(٣) في (ج) « البقرة » .

(٤) النقرة هي : القطعة المذابة من الذهب والفضة ، وقبل الذوب هي تبر ، وقيل : هو ماسبك مجتمعاً منها ، والنقرة : السبيكة ، والجمع نقار .

المغرب (٤٦٢) ، والمصباح المنير (٦٢١/٢) ، ولسان العرب (٢٢٩/٥) ، والقاموس المحيط (٦٢٥) .

(٥) في (ج) « والصحيح » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « البقرة » .

(٧) في (ج) « قال » .

(٨) في (ب) « لا تقع » .

(٩) في (ج) « بين المقاصة » .

(١٠) في (ج) « مما » .

(١١) في (ب) « فكان » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « يقع » .

قال في الكتاب : إلا [أنه]^(١) يحاسبه بما عليه . بعض مشايخنا قالوا : مراده من هذا إذا اصطالحا على ذلك^(٢) فيكون استبدالاً فيجوز ، أما بدون ذلك لا يجوز لما بينا أن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل ، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة . وبعض مشايخنا قالوا : تأويله إذا كان المغصوب صفراً ليس له مثل ، حتى وجب قيمة الصفر ، فتقع^(٣) المقاصة^(٤) .

غصب من^(٥) آخر مصحفاً ونقطه فهو^(٦) زيادة ، وصاحبه بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد ذلك فيه ، وإن شاء ضمنه غير منقوط^(٧) ، وهذا قول [أبي حنيفة]^(٨) ومحمد . وروى المعلى عن أبي يوسف : أنه يأخذه بغير شيء كرجل غصب غلاماً ، وعلمه الكتابة^(٩) (١٠) .

في غصب المنتقى : غصب من آخر كاغدة ، وكتب عليها ، ذكر شيخ الإسلام : أنه ينقطع حق المالك . وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري فيه اختلاف المشايخ قال : والصحيح أنه لا ينقطع .

غصب من آخر قطناً ، وغزله ، ونسجه أو غصب غزلاً ونسجه ينقطع حق المالك .

(١٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « أن » ، والتصويب من (ج) ، ومن المبسوط (١١ / ١٠٠) .

(٢) في (ج) « شيء » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « يقع » .

(٤) عيون المسائل (٢ / ٢٣٠) ، ومختصر الطحاوي ص (١١٩) ، واللباب (٢ / ١٩٢) ، والمبسوط (١١ / ٨٨ ، ١٠٠ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ٩١) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٥٩) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ج) « فهي » .

(٧) في (ج) « قيمته » غير منقوطة .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٩) في (ج) « الكتاب » .

(١٠) بدائع الصنائع (٧ / ١٦٢) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٢٤) .

ولو غصب قطناً ، وغزله ولم ينسجه ؛ ففيه اختلاف المشايخ والصحيح : أنه ينقطع^(١) .
غصب [٢ / ٤٣٩ / ١] حنطة ، وطحنها ؛ فقول^(٢) أبي حنيفة ومحمد فيها معروف^(٣) ، وعن أبي يوسف : ثلاث روايات : في رواية : مثل ما [٦ / ٢٢ / هـ] قال ، وفي رواية : قال : يزول ملكه ، ولكن لا يسقط حقه عنه ، ويباع العين في دينه ، وهو أحق بذلك من جميع^(٤) الغرماء ؛ إن مات ، وفي رواية : قال : له أن يأخذ الدقيق ، ويبرأ الغاصب عن الضمان^(٥) .

غصب دقيقاً فخبزه^(٦) ، أو لحماً فشواه ، أو سمسم^(٧) فعصره ، ينقطع حق المالك في ظاهر رواية أصحابنا . وكذلك إذا غصب ساجة وجعلها باباً ، أو حديدة وجعلها سيفاً ، ينقطع حق المالك ، ويضمن قيمة^(٨) الحديد^(٩) والساجة ، وجميع^(١٠) ذلك للغاصب . وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بناءه ، أو غصب آجر^(١١)

(١) المبسوط (١١ / ٩٢) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٤٨) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٢٤) .

(٢) في (ب) « فيقول » .

(٣) وهو أن الغاصب يضمن مثلها ، ولا يسعه أكلها حتى يرضى صاحبها . عيون المسائل عن محمد (٢ / ٢٣١) .

(٤) في (ج) « جملة » .

(٥) عيون المسائل (٢ / ٢٣١) ، واللباب (٢ / ١٩١) ، والمبسوط (١١ / ٨٦) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٤٨) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « وخبزه » .

(٧) في (ب) « سما » .

(٨) في (ب) « فيه » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « الحديد » .

(١٠) في (ب) « وأن جميع » .

(١١) الآجر : فارسيٌّ معرَّب ، وهو اللَّبن والطِّين ، إذا طبخ بمد الهمة والتشديد أشهر من التخفيف المعرَّب ص (١١٨) ، والمغرب ص (٢١) ، والمصباح النير (١ / ٦) ، ولسان العرب (٤ / ١١) .

وأدخله في بنائه ، أو حصا وبني به^(١) ، فعليه في ذلك كله القيمة ، وليس للمغصوب منه أن ينقص البناء ويأخذ الساجة والخشبة والآجر والحص .

ولو غصب ساجة ، وبني فيها^(٢) ، لا ينقطع حق المالك ، وكان له أن يأخذها . وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي : يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا ، فقال : إن كانت قيمة الساجة أقل من قيمة البناء ليس له أن [يأخذها ، وإن كانت قيمة الساجة أكثر^(٣) من قيمة البناء له أن]^(٤) يأخذ الساجة ، وقال : المراد مما^(٥) ذكر في الكتاب ما قلنا ، وزعم أن هذا هو المذهب . قال مشايخنا : وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد بن كإ في يده للؤلؤة ، فسقطت اللؤلؤة ، فابتلعها دجاجة إنسان ، ينظر : إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة إن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها للمالك ، وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة .

وكذلك لو أودع رجلا فصيلاً^(٦) ، فكبر الفصيل حتى لم يمكن^(٧) إخراجه عن البيت إلا بنقض الجدار^(٨) ينظر^(٩) إلى أكثرهما^(١٠) قيمة ، ويخير صاحب الأكثر .

(١) في (ب) « حصاً وهي » ، وفي (ج) « حصاً ومن » .

(٢) في (ج) « وبني عليها » .

(٣) في (ج) زيادة هي : « أكثر فله أن يأخذها ، وكذا في الساجة إذا كانت قيمتها أقل من قيمة البناء لا يأخذ الساجة وإذا كانت قيمة الساجة أكبر من قيمة ... » وهي تكرار .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ج) « بما » .

(٦) سقط من (ب) ،

والفصيل هو : ولد الناقة ؛ لأنه يفصل عن أمه ، والجمع : فُصْلان وفِصال .

المصباح المنير (٤٧٤ / ٢) ، ولسان العرب (٥٢٢ / ١١) ، والقاموس المحيط ص (١٣٤٧) .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « يكن » ، وفي (ج) « لا يمكن » ، والتصويب من (ب) ، و (د)

(٨) في (ج) « البناء » .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) في (ج) « أكثرها » .

وستأتي مسألة الدجاجة واللؤلؤة ومسألة الفصيل بعد هذا مع أجناسها^(١) .

ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساجة هل يحل له ذلك ؟ ، وهذا على وجهين : إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له نقض البناء ، وإذا نقض لم يستطع رد الساجة ، وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة ، اختلف فيه^(٢) ، بعضهم قالوا : يحل ، وبعضهم قالوا : لا يحل ؛ لما فيه من تضييع المال من غير فائدة^(٣) .

غصب من آخر دارا ونقشها بهذه الأصباغ بعشرة آلاف ، ثم جاء صاحب الدار ، أقول له : إن شئت فخذ الدار ، وأعط الغاصب ما زاد الأصباغ فيها^(٤) ، فإن أبي ، جعلت الدار للغاصب بقيمتها إذا كانت^(٥) تبلغ^(٦) الأصباغ شيئا كثيراً ولو^(٧) بوقت . هكذا روى هشام عن محمد ، واستشهد عليه بدجاجة ابتلعت لؤلؤة .

قال هشام : سمعت أبا يوسف يقول في هذه المسألة : يقال لصاحب الدار : أعط الغاصب ما زاد النقش في دارك ، فإن أبي أمره بقلعه ، وضمنه ما نقص القلع . وفي القدوري : غصب من آخر دارا ، وجصصها ، ثم ردها . قيل لصاحبها^(٨) : أعطه ما زاد التجصيص فيها ، إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب ما جصصه^{(٩)(١٠)} .

(١) عيون المسائل (٢ / ٢٣٠) ، وفتاوى قاضخان (٣ / ٢٤٢)

(٢) في (ب) ، و (د) « اختلف المشايخ فيه » وفي (ج) « اختلف فيه المشايخ » .

(٣) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم (٤٨٤) ، واللباب (٢ / ١٩٢) ، والمبسوط (١١ / ٩٣) ، وتحفة

الفقهاء (٣ / ٩٤) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٤٩) ، والهداية (٤ / ١٦) .

(٤) في (ج) « فيه » .

(٥) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « كان » .

(٦) في (ب) « يبلغ » .

(٧) في (ب) « كثيراً وبوقت » . وفي (ج) « ولم بوقت » .

(٨) في (د) « لصاحبه » .

(٩) في (ج) « الغاصب جصه » .

قال هشام : قلت لمحمد : رجل وثب ^(١) على باب مقلوع ، ونقشه بالأصباغ ؟ ، قال ^(٢) : سبيله سبيل الدار . قلت : وإن كان نقشه بالنقر وليس بالأصباغ ، قال فهذا مستهلك الباب وعليه قيمته والباب له . قال : وكذلك لو نقش إناء فضة بالنقر ^(٣) .

قال هشام : وسألت محمدا عن رجل غصب أرضا ، وغرس فيها أشجارا ، [فغلظ] ^(٤) [وبلغ] ^(٥) ؟ ، قال : إن كان قلع الأشجار [٣ / ٢٦٢ / ٥] يفسد الأرض فصاحب ^(٦) الأرض بالخيار : إن شاء أعطاه ما زاد الأشجار في أرضه بالغة ^(٧) ما بلغت ^(٨) وإن شاء أخذه بقلعها ^(٩) ، وضمنه النقصان . وإن كان قلع الأشجار لا يفسد الأرض ، ولكن ينقصها شيئا ؛ فإنه يأخذ الأرض ، ويقلع الأشجار ، ويضمنه النقصان ، وليس لصاحب الأرض أن يقول : إنما ^(١٠) آخذ الأشجار ولا أقلعها ، وأعطيه قيمتها إنما له أن يعطيه قيمتها . إذا كان القلع يفسد الأرض ^(١١) .

مسلم ^(١٢) غصب خمر مسلم ، وخللها ، قال في الكتاب : لرب الخمر أن يأخذه ^(١٣) ،

(١٠) بدائع الصنائع (٧ / ١٦٢) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٢٥) .

(١) في (ج) « على وثب » .

(٢) في (ب) « وقال » .

(٣) فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٥٧) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٢٥) .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) « ففطلت » وفي (ب) « فعطلت » ، وفي (د) « فغلظت » ،

وفي (هـ) « فغلظ الشجر » ، والمثبت من (ج) .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « تلفت » والمثبت من (ج) ، و (هـ) .

(٦) في (ب) « وصاحب » .

(٧) في (ج) « بالغا » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ج) « بقلعه » .

(١٠) في (ج) « أنا » .

(١١) عيون المسائل (٢ / ٢٢٦) ، واللباب (٢ / ١٩٢) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٤٩) ، والهداية

(٤ / ١٧) ، والبنية (١٠ / ٢٥٩) .

(١٢) سقط من (ج) .

واختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : تأويل المسألة ما إذا خللها بشيء^(١) لا قيمة له ، بأن نقل من الشمس إلى الظل ، أو من الظل إلى الشمس ، أو ألقى فيها^(٢) شيئاً يسيراً من الملح أو الخل بحيث لا قيمة له . أما إذا ألقى فيها^(٣) ملحاً أو خلّاً^(٤) له قيمة فعند أبي حنيفة - رحمه الله - يصير الخل ملكاً للغاصب ، ولا شيء عليه . وأما على^(٥) قول أبي يوسف ومحمد : إن كان ألقى فيه [الملح أخذه المالك وأعطاه مازاد الملح فيه وإن كان ألقى فيه]^(٦) الخل فهو بينهما على مقدار^(٧) كيلهما^(٨) [كما لو كان المغصوب خلّاً وخلطه بخل آخر]^(٩) ويستوي إن [٦ / ٢٣ / هـ] حمضت من ساعته^(١٠) أو بعد حين . [وبعض مشايخنا قالوا إن كان الخل^(١١) الذي صُبَّ فيها خل كثير حتى صار خلّاً من ساعته فهو كله للغاصب ، وإن كان^(١٢) قليلاً ، وصار^(١٣) خلّاً بعد حين^(١٤) فهو بينهما

(١٣) في (ج) « يأخذها » .

(١) في (ج) « شيء » .

(٢) في (ج) « فيه » .

(٣) في (ج) « فيه » .

(٤) في (ج) « خلّاً أو ملحاً » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) في (ج) « قدر » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « كيلها » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج)

(١٠) في (ج) « ساعته » .

(١١) سقط من (ج) .

(١٢) في (ب) « وإن كان الخل الذي صب فيها خل كثير فصار خلّاً من ساعته فهو كله للغاصب » .

والعبارة مكررة مع ما قبلها » .

(١٣) في (ب) ، و (د) « وصارت » .

(١٤) سقط من (د) .

على مقدار كيلهما ^(١) .

[وبعض مشايخنا ^(٢) قالوا: إن خللها بما ليس له قيمة أخذه مجانا ، وإن خللها بما له قيمة أخذها ^(٣) وأعطاه ما زاد الملح [والخل فيه] ^(٤) ^(٥) .

وإذا ^(٦) غصب عصيرا ، قصار عنده خمر ، فله أن يضمه مثله إن كان في جنسه ، وقيمته إن كان في غير جنسه . ولو أراد أن يأخذ الخمر ولا يضمه ، هل له ذلك ؟ ، اختلف المشايخ فيه ، قال شمس الأئمة [٢ / ٤٤٠ / أ] الحلواني - رحمه الله - : والصحيح أنه ليس له ذلك [٢ / ٥٧١ / ج] [وقال بعضهم له ذلك ، وهكذا ذكر الكرخي في كتابه عن أبي يوسف ثم إذا كان له حق الأخذ على قول هؤلاء لو أراد أن يضمه النقصان مع ذلك ليس له ذلك] ^(٧) .

وذكر في القدوري : عن أبي يوسف أن من غصب عصيرا فصار عنده خلا ، أو لبنا [حلبا] ^(٨) فصار ^(٩) مخيضا ^(١٠) ، أو عنبا فصار زبيبا فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره ، وإن شاء ضممه مثله وسلم ذلك إليه ؛ لأنه قد انتقص في

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (د) .

(٣) في (ج) « أخذه » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٥) المبسوط (٩٦ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٩٥ / ٣) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٢) ، والهداية (٢١ / ٤) .

(٦) في (د) « وإن » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) ، و (ج) « فصار عنده » .

(١٠) الخبيض : من مخضت اللبن مخضا من باب (قتل) إذا استخرجت زبد الماء فيه وتحرّكه فهو مخيض .

المصباح المنير (٥٦٥ / ٢) ، ولسان العرب (٢٢٩ / ٧) ، والقاموس المحيط ص (٨٤٢) .

يد الغاصب ، وتعيب ، ولا يمكن تضمين^(١) النقصان مع أخذ العين ؛ لأن هذه الأعيان يجري فيها الربا فلم تكن^(٢) الجودة بانفرادها متقومة ، فإذا أخذ العين سقط أخذ^(٣) حق التضمين ، وإن شاء ضمنه المثل^(٤) .

وإذا غصب جلد ميتة ودبغه^(٥) بما لا قيمة له^(٦) فإنه يأخذه مجاناً . وإن دبغه بما له قيمة أخذه ، وأعطاه ما زاد الدباغ [فيه]^(٧) .

قال القدوري [في^(٨) كتابه : هذا إذا أخذ الجلد من منزله ، ودبغه ، أما إذا ألقى صاحب الميتة الميتة في الطريق ، فأخذ رجل جلدها ، ودبغه بما لا قيمة له ، فليس للمالك أن يأخذ الجلد^(٩) .

[وبعض مشايخنا قالوا : للمالك أن يأخذ الجلد]^(١٠) ، وللغاصب أن يحبس الجلد حتى يصل إليه قيمة ماله .

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « يكن » .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٤) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، والمبسوط (٩٦ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٩٥ / ٣) ، و بدائع الصنائع (١٦٢ / ٧) ، والهداية (٢١ / ٤) .

(٥) في (ج) « ودفعه إن دفعه » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) من هنا يبدأ سقط طويل في (ب) ، وذلك إلى قوله : وإن أراد . « أي بعد نحو ثلاث صفحات)

(٩) في (أ) ، و (د) زيادة بعد كلمة « الجلد » هي : « كان الخل الذي صب فيها خلا كثيراً حتى صار خلا من ساعته فهو كله للغاصب . وإن كانت قليلاً ، وصارت خلا بعد ، فهو بينهما على مقدار كيلهما » . وسقطت هذه الزيادة من (ب) و (ج) ، وهو الصواب ؛ لأنه تكرر لما مرّ قبل خمسة عشر سطرًا ، ولعدم مناسبتها للمسألة فلم أثبتها .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

ولو أراد صاحب الجلد أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد^(١) ليس له ذلك . ولو كان المغصوب جلد مذكى^(٢) كان له ذلك .

قال مشايخنا : هذا الفرق بين جلد الميتة وبين المذكى^(٣) شيء^(٤) ذهب إليه الحاكم الشهيد ، والجواب في الميتة والمذكى^(٥) واحد : للمالك أن يترك الجلد عليه ويضمنه قيمة جلده .

وفي القدوري : لو أن^(٦) الغاصب جعل هذا الجلد^(٧) أديماً أو دفترأ أو جراباً^(٨) لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل ؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب فكان هو أولى به^(٩) . فإن كان الجلد جلد^(١٠) مذكى^(١١) فله قيمته يوم الغصب ، وإن كان جلد

(١) في (ج) « الخد » .

(٢) في (ج) « ذكي » .

(٣) في (ج) « الذكي » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ج) « وفي الذكي » .

(٦) في (د) « لو أن هذا » .

(٧) في (د) « الجعل » .

(٨) الأديم هو : الجلد المدبوغ ، والجمع أدم وأدم ، بفتحيتين وبضميتين .

المغرب ص (٢٢) ، والمصباح المنير (٩ / ١) ، والقاموس المحيط ص (١٣٨٩) .

وأما الدفتر فقد قال في المغرب : « الكتاب المكتوب ، وقوله : وهب دفاتر فكتب فيها ، يحتمل أن يراد : فزاد فيها فوائد وحواشي ، وأن يستعار لما لا كتاب فيه » . المغرب ص (١٦٥) .
وقيل : هو جريدة الحساب ، والكراسة وجماعة الصُحف المضمومة ، والجمع : دفاتر ، وهو بفتح الدال وكسرها وهو عربي فصيح لا خلاف في ذلك .

المغرب ص (٣٠٤) ، والمصباح المنير (١٩٦ / ١) ، والقاموس المحيط ص (٥٠٢) ،
والوئيط (٢٨٨ / ١) .

والجراب : بكسر الجيم ، والعامة تفتح : وعاء من إهاب الشاة لا يوعى فيها إلا يابس ، وهي المزود . المصباح المنير (٩٥ / ١) ، ولسان العرب (٢٦١ / ١) ، والقاموس المحيط ص (٨٥) .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) سقط من (ج) .

ميتة فلا شيء له ^(١) .

وفيه أيضا : لو غصب خمرا ، وخللها ، ثم استهلكه ^(٢) فعليه خل مثله ؛ لأنه صار خلاً على ملك مالكه ^(٣) ^(٤) .

وإذا غصب ترابا ، وجعله ^(٥) لينة أو جعله آتية فإن كان له قيمة فهو مثل الحنطة إذا طحنها ، وإن لم يكن له قيمة فهو له ، ولا شيء عليه من الضمان ؛ لأن الضمان إنما يقام مقام العين عند تقومه ، وفي كل موضع ينقطع حق المالك فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من بين سائر الغرماء ^(٦) حتى يستوفي حقه فإن ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب ، ولا يكون هذا بمنزلة الرهن . هكذا ذكر [في المنتقى ^(٧) وفي القدوري أن المغصوب منه يكون أسوة بالغرماء ^(٨) في الثمن ولا يكون أخص بشيء من ذلك] ^(٩) .

في المنتقى ابن سماعة في نوادره : عن محمد رجل هشم [طستا] ^(١٠) لرجل ، وهو مما

(١١) في (ج) « ذكياً » .

(١) الميسوط (٩٦ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (٩٥ / ٣) ، و بدائع الصنائع (١٦٣ / ٧) ، والهداية (٤ /

٢١) ، وتبيين الحقائق (٢٣٧ / ٥) ،

(٢) في (ج) « فاستهلكها » .

(٣) في (ج) « ماله » .

(٤) تحفة الفقهاء (١٩٥ / ٣) ، و بدائع الصنائع (١٦٣ / ٧) ، والهداية (٢١ / ٤) ، وتبيين الحقائق

(٢٣٦ / ٥) ،

(٥) سقط من (ج) .

(٦) في (ج) « الناس » .

(٧) بدائع الصنائع (١٤٨ / ٧) ، والبنية (٢٣٩ / ١٠) .

(٨) في (ج) « للغرماء » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، بالشين المعجمة في هذا الموضع والمواضع التالية ،

والتصويب من (ج) .

والطست : إناء كبير مستدير من نحاس أو صُفْر أو نوحه ، يُغْسَل فيه ، والجمع طسوت .

المصباح المنير (٣٧٢ / ٣) ، ولسان العرب (٥٨ / ٢) ، والقاموس المحيط ص (١١٩) =

يباع وزنا ، قرب الطست بالخيار ، إن شاء أمسك^(١) الطست ولا شيء له ، وإن شاء دفعه وأخذ قيمته وكذلك كل إناء مصنوع .

وإن كان مما لا يباع وزنا كالسيف ، فكسره رجل كان عليه ما نقصه . فإن جاء آخر واستهلك السيف المكسور ، كان عليه حديد مثله ، قال : من قبل إنه يجوز للرجل أن يبيع سيفاً بدرهم وحديد مثل السيف ، ولا يجوز أن يبيع طستا يباع وزنا بدرهم وصفر مثل وزن الطست^(٢) .

قال في المنتقى أيضاً : إذا^(٣) باع الرجل شيئاً لغيره^(٤) ، ثم إن البائع فعل بعض ما وصفنا فكل^(٥) شيء كان الغاصب فيه مستهلكاً ، ولم يكن للمغضوب منه أن يأخذه ، فكذا ليس للمشتري [أن يأخذه]^(٦) .

وكل شيء لم يكن الغاصب فيه مستهلكاً وكان^(٧) للمغضوب منه أن يأخذه فللمشتري أن يأخذه .

وفي العيون : غصب من آخر عبداً قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألف درهم ، نصّ عن محمد : أن صاحب الغلام بالخيار إن شاء ضمنه قيمته يوم الخصاء خمسمائة ، وإن شاء أخذ الغلام ولا شيء له .

وقال بعض المشايخ : يُقَوِّمُ الغلام بكم يشتري للعمل قبل الخصاء ، ويُقَوِّمُ^(٨) بعد

= والمعجم الوسيط (١ / ٥٥٧) ..

(١) في (ج) « أمسكه » .

(٢) مختصر الطحاوي ص (١١٩) ، واللباب (٢ / ١٩١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٤٩) ، و (٧ / ١٦٠) .

(٣) في (ج) « وإذا » .

(٤) في (جـ) « من غيره » ، وفي (د) « غيره » .

(٥) في (جـ) « كل » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) . ، والتصويب من (جـ) ، و (د) .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « ولم يكن » ، والتصويب من (جـ) ، و (د) ، و (هـ) .

(٨) في (جـ) « يقوم » .

الخصاء فيرجع بفضل ما بينهما^(١) .

قال الصدر الشهيد حسام الدين : وهذان الجوابان خلاف ما حفظنا في المسائل المختلف فيها^(٢) ، فالمحفوظ فيها أن صاحب الغلام بالخيار إن شاء ترك الغلام على الغاصب ، وضمنه قيمته خمسمائة ، وإن أراد^(٣) أخذ العبد ، يقوم العبد قبل الخصاء للعمل [ويقوم بعد الخصاء للعمل [٢ / ٤٥ / ب] فيرجع^(٤) بنقصان ما بينهما ؛ لأن هذه الزيادة حدثت^(٥) بناء على رغبات فاسدة ، فيتأمل عند الفتوى^(٦) .

هذا كله بيان أحد حكمي الغصب . جئنا إلى بيان الحكم الآخر^(٧) : وهو وجود الضمان حال عجز الغاصب عن رد العين ، فنقول :^(٨) المغصوب نوعان : مثلي : كالكيالي ، والوزني^(٩) الذي ليس في تبعيضه ضرر^(١٠) ، والعددي المتقارب ، كالبيض ، والجوز ، والفلوس الرائجة ، وما أشبه ذلك من العدديات التي لا تتفاوت^(١١) آحاده . وغير المثلي^(١٢) : كالذرعيات ، والحيوانات^(١٣) ، والعدديات المتفاوتة ، والوزني الذي يضر

(١) في (ج) « ما ينتهي » .

(٢) في (ج) « المسائل المختلفة » .

(٣) ما بين المعقوفين المزدوجين سَقَطَ طويلٌ من (ب) ، وذلك من قوله : « قال القدوري في كتابه »

- أي قبل ثلاث صفحات تقريبا - .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٥) في (ج) « حديث » .

(٦) عيون المسائل (٢ / ٢٢٨) .

(٧) الحكم الأول هو : وجوب رد العين مادام على حاله لم يتغير ، وقد مر في ص ٦٢٠ .

(٨) في (ج) « فيقول » .

(٩) في (ج) « الكيل والوزن » .

(١٠) في (ج) « ضرورة » .

(١١) في (ج) « يتفاوت » .

(١٢) في (ج) « مثلي » .

(١٣) في (ب) ، و (ج) « والحيوان » .

تبعيضة^(١)، فإن كان غير مثلي^(٢) فهلك [٦/٢٤/هـ] في يد الغاصب بآفة^(٣) سماوية أو بفعل الغاصب أو بفعل غيره وجب عليه قيمته يوم الغصب، وإن كان مثليا وجب عليه مثله إلا إذا وقع العجز عن رد المثل؛ وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس فحينئذ يصار إلى القيمة، ثم عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - : تعتبر^(٤) القيمة يوم القضاء والخصومة، وعند أبي يوسف : تعتبر^(٥) قيمته^(٦) يوم الغصب ، وعند محمد : تعتبر^(٧) قيمته آخر^(٨) يوم كان موجودا وانقطع^(٩) . ثم إن مشايخنا استثنوا من الموزونات [٢/٤٤١/أ] الناطف [المبزر]^(١٠) والدهن المربي^(١١) فقالوا: بضمان القيمة فيهما ؛ لأنهما

(١) في (ب) « تبعيضة ضرر » .

(٢) في (ج) « مثل » .

(٣) في (ج) « مافيه » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « يعتبر » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « يعتبر » .

(٦) في (ج) « قيمة » .

(٧) في (ج) « يعتبر » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « في آخر » .

(٩) مختصر الطحاوي ص (١١٩) ، واللباب (١٨٨/٢) ، والمبسوط (٥٠/١١) ، وتحفة الفقهاء

(٩٦/٣) ، و بدائع الصنائع (١٥١ / ٧) .

(١٠) ما بين المعقوفين غير واضح في النسخ الخمس ، والتصويب من المغرب (٤٢) .

(١١) الناطف هو : نوع من الحلوى ، يسمى القُبْطِي ، سمي بذلك ؛ لأنه يَنْطَف قبل استضراجه أي يَقْطُر .

والمبزر هو الذي فيه الأبايزر وهي التوابل ، جمع أبزار .

المغرب (٤٢) و(٤٥٦) ، والمصباح المنير (٦١١/٢) ، والمعجم الوسيط (٩٣٠/٢) .

والدهن المرئي : من رَبَّيْتُ الدهن ، فهو مربوب ومُرَبَّب ومُرَبِّي أي : طيبته وأجدته ، وقال اللحياني : ربيت الدهن : غذوته بالياسمين أو بعض الرياحين ، ودهن مُرَبَّب ، إذا رَبَّب الحب الذي اتخذ منه بالطيب .

والرُبُّ ؛ بالضم : الطلاء الخائر ، وقيل : هو دبس كل ثمرة ، وهو سُلَافَة خُنَّارَة كل ثمرة بعد اعتصارها وطبخها ، والمُرَبَّات أي المعمولات بالرَّبِّ .

أساس البلاغة ص (١٥٠) ، ولسان العرب (٤٠٥/١) و القاموس المحيط ص (١١٢) .

يتفاوتان بتفاوت البَزر^(١) وكذلك الدهن المربى .

وإن كان المغصوب مثلياً فلقية في بلد آخر، والمغصوب قائم في يده ، والقيمة في هذا البلد مثل القيمة في بلد الغصب أو أكثر منهما^(٢) ، فالمغصوب منه يأخذ المغصوب ، وليس له أن يطالبه بالقيمة . وإن كان سعره في هذا البلد أقل من سعره في بلد الغصب ، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذه في هذا البلد بقيمته في بلد الغصب ، وإن شاء انتظر [حتى يأخذ الغصب في بلد الغصب]^(٣) ؛ لأنه يأخذ العين وإن كان يصل إليه عين حقه ولكن مع ضرر يلحقه^(٤) من قبل الغاصب ، فكان له أن لا يلتزم الضرر ويطالبه بقيمة ذلك البلد ؛ وإن شاء انتظر، بخلاف ما إذا وجدته في البلد الذي غصب فيه وقد انتقص السعر حيث لا يكون له خيار؛ لأن النقصان هناك^(٥) ما حصل بفعل الغاصب ؛ بل هو مضاف إلى قلة رغبات الناس ، فأما إذا نقله إلى بلد آخر فالنقصان يضاف إلى فعل الغاصب، هذه الجملة في القدوري^(٦) .

[ومن هذا النوع]^(٧) مذكور في المنتقى . وصورته : غصب من آخر دواب^(٨) بالكوفة ، وردها عليه بخراسان ، [فإن كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها بالكوفة أمر المغصوب منه^(٩) بأخذها . وإن كانت قيمتها بخراسان أقل من قيمتها بالكوفة فالمغصوب

(١) كذا في (أ) ، و (ج) ، و (د) ، وفي (ب) « المرز » .

والبزر : هو الخب ، بالكسر ، والفتح لغة ، قال الخليل : كل حب يبذر فهو بزر وبذر .

المغرب (٤٢) ، والمصباح المنير (٤٧/١) ، والمعجم الوسيط (٥٤/١)

(٢) في (ب) ، و (ج) « منها » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ج) « لحقه » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) بدائع الصنائع (٧ / ١٥٩) ، وفتاوى قاضيه خان (٢٤٣/٣) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) في (ب) « دابة » .

(٩) في (ج) « منها » .

منه بالخيار ، إن شاء أخذها وإن شاء أخذه بقيمة الكوفة^(١) [^(٢)] . قال : وكذلك الخادم وكل ماله حملٌ ومؤنةٌ إلى ذلك الموضع . وكذلك كل ما يكال^(٣) ويوزن إلا الدراهم والدنانير ، فإنه يأخذها حين^(٤) وجدها ، وليس له أن يطالبه بالقيمة ؛ لأنها الأثمان التي يجري^(٥) [٣ / ٢٦٣ / د] عليها ببياعات الناس ، ومعناه : أن معنى الثمنية لا يختلف باختلاف الأماكن فلا يطالبه بغيره^(٦) ، وإن شاء أحرَّ المطالبة ؛ لأنها حقه .

وإن كان المغصوب مثليا وقد هلك في يد الغاصب ، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا فيه^(٧) مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر برئ^(٨) برد المثل .

وإن كان السعر^(٩) في هذا المكان أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ قيمة العين حيث غصب ؛ وإن شاء انتظر ؛ لأنه إذا رد في المكان الذي طالبه به يستضرُّه ، فإن اختلفت القيمة في المكانين لأجل الحمل والمؤنة ، فصار كما لو [كانت]^(١٠) العين قائمة ونقلها إلى بلدة أخرى ، فكان بالخيار إن شاء أخذ القيمة وإن شاء انتظر . وإن كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر فالغاصب بالخيار إن شاء أعطى مثله وإن شاء أعطى قيمته حيث غصب ؛ لأن المالك لا يستحق إلا الرد في مكان الغصب^(١١) ، فلو ألزمناه تسليم المثل ههنا

(١) في (ج) « أخذ قيمتها بالكوفة » .

(٢) ما بين المعقوفين في نسخة (ج) تقدمت مسألة الأقل على المثل .

(٣) في (ج) قال : « وكذلك كل ما كان » .

(٤) في (د) « حيث » .

(٥) في (ب) ، و (د) « تجري » .

(٦) في (ج) « لغيره » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ج) « بدئ » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، « كان » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(١١) سقط من (ب) .

يستتضر الغاصب به^(١) فإنه يركبه زيادة قيمة لا يستحق المغصوب منه وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب إضرار بالمغصوب منه ، فقلنا : بأنه يسلم القيمة في مكان الغصب إلا أن يرضي المغصوب منه بالتأخير . وإن [كانت]^(٢) القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب منه^(٣) أن يطالب بالمثل ؛ لأنه لا ضرر على واحد [منهما]^(٤) ، هذه الجملة في القدوري^(٥) .

وفي المنتقى : غصب من آخر كُرأ^(٦)^(٧) من طعام يساوي مائة [ثم صار يساوي مائة]^(٨) وخمسين^(٩) ، ثم انقطع عن أيدي الناس وعزّ وارتفع وصار لا يقدر على مثله وصار يساوي مائتين ، ثم استهلكه الغاصب ، فللمغصوب منه أن يضمّنه قيمة^(١٠) [مائتي درهم (قيمته)]^(١١) يوم استهلكه الغاصب حين انقطع عن أيدي الناس ، صار بمنزلة عرض لا مثل له غصبه رجل فزادت قيمته ، ثم استهلكه فله أن يضمّنه (قيمته)^(١٢) يوم

(١) سقط من (ج) .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « كان » ، والتصويب من (ج) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٧ ، و عيون المسائل (٢ / ٢٣١) ، و بدائع الصنائع (٧ /

١٥٩) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٣) .

(٦) في (ج) « كذا » .

(٧) الكُرأ : بضم الكاف ، مكبال لأهل العراق والجمع أكرار وهو ستون قفيزاً ، والقفيز ثمانية مكالك ، والمكوك صاع ونصف .

المغرب ص (٤٠٤) ، والمصباح المنير (٢ / ٥٣٠) ، ولسان العرب (٥ / ١٣٧) ، و القاموس

المحيط ص (٦٠٣) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) في (ب) « والخمسين » .

(١٠) سقط من (ج) ولعله الصواب .

(١١) مابين القوسين في (أ) ، و (د) ، « قيمة » ، والتصويب من (ج) .

(١٢) مابين القوسين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

استهلكه إن شاء^(١).

ولو كان غصب الكُرُّ وهو يساوي مائتين ثم صارت قيمة مائة وخمسين ، ثم انقطع من أيدي الناس ثم صارت قيمته مائة^(٢) ثم استهلكه الغاصب ، فللمغصوب منه أن يضمه قيمته^(٣) مائة وخمسين آخر ما كان موجودا في أيدي الناس ، وليس له أن يضمه أكثر من ذلك^(٤) .

ذكر ابن رستم ، عن محمد في نوادره : إذا أحرق كدس^(٥) رجل ، إن^(٦) كان البرفي السنبل^(٧) أقل قيمة منه إذا كان خارجا فعليه القيمة ، وإن كان خارجا أكثر قيمة فعليه بر مثله وعليه في^(٨) الحل القيمة^(٩) .

وفيه أيضا : رجل^(١٠) غصب كدسا فداسه^(١١) ، ثم أقام المغصوب منه بينة ، قال : يقضي^(١٢) له بالبر كله وبقيمة الحل ؛ لأنه غيرُه عن حاله ، فهو كمن^(١٣) طحنه^(١٤) (١٥) .

(١) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٧) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٧) .

(٥) الكدس : يضم الكاف ؛ الحب المحصود المجموع في البيدر .

المغرب (٤٠٢) ، والمصباح المنير (٢ / ٥٢٧) ، ولسان العرب (٧٣٤)

(٦) في (ب) « إذا كان » .

(٧) في (ب) « البقل » ، وفي (ج) « إذا كان في السنبل » .

(٨) في (ج) « وفي » .

(٩) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٨) .

(١٠) في (ب) « رجل غصب من رجل آخر حبة حنطة فلا » . وهذه الزيادة ستأتي في المسألة التي تلي هذه المسألة . فلعلها مكررة .

(١١) الدوس : الوطء بالرجل كالدياس والدياسة وهي في الطعام : أن يوطأ بقوائم الدواب حتى يصير تبناً

المغرب ص (١٧٠) ، والمصباح المنير (١ / ٢٠٣) ، ولسان العرب (٦ / ٩٠) ، والقاموس المحيط

ص (٧٠٤) .

(١٢) في (ج) « لا يقضي » .

وفيه أيضا عن محمد : رجل غصب من آخر حبة^(١) حنطة فلا شيء على الغاصب ؛ لأنه لا قيمة لها ، فقيل : لو أن رجلا غصبوا حبة حبة فبلغ ذلك قفيز حنطة . قال أبو يوسف : [إذا غصب^(٢) قوم رجلا ماله قيمة ضمنهم قيمته ، فإذا جاء برجل بعد رجل لم أضمنه شيئا ؛ لأن كل إنسان إنما غصب منه مالا قيمة له ، لو كان^(٣) في حبة حنطة قيمة ما حل لأحد أن يلتقط النوى ، وكان عليه أن يعرفها ؛ لأنها^(٤) لقطة^(٥) .

وإذا استهلك المغصوب ، وضمنه القاضي القيمة ، نظر^(٦) : إن كان ذلك الشيء يباع في السوق بالدرهم [يقوم بالدرهم^(٧)] ، وإن كان يباع بالدنانير يقوم بالدنانير . وإن كان يباع بهما فالقاضي يتخير^(٨) ^(٩) .

في شرح كتاب الصرف في باب الغصب ، الحسن بن أبي مالك^(١٠) عن أبي

(١٣) في (ب) ، و (ج) « كر » .

(١٤) في (ب) « لحجته » .

(١٥) فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٠) .

(١) سقط من (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « كانت » .

(٤) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « لأنه » .

(٥) فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٠) .

(٦) في (ج) « ينظر » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٨) في (ج) « مخير » .

(٩) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٨) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١١) هو أبو مالك الحسن بن أبي مالك ، تفقه على أبي يوسف ، وتفقه عليه محمد بن شجاع الثلجي ، وكان ثقة ، غزير العلم ، واسع الرواية ، مات سنة أربع ومائتين .

الجواهر المضية (٢ / ٩٠) برقم ٤٨١ ، والطبقات السنية (٣ / ٥٠) برقم ٦٦٢ ، والفوائد البهية (٦٠) .

يوسف : رجل غصب بيضة ، وأتلفها ، فعليه مثلها ، وهذا آخر قوله [وكان قوله ^(١)]
الأول القيمة ^(٢) في المنتقى .

وفيه أيضا : بشر عن أبي يوسف : رجل غصب شاة ، [٤٤٢ / ٢ / أ] وحلبها ، ضمن
قيمة لبنها . وإن غصب جارية وأرضعت ^(٣) ولداً له لا يضمن قيمة ^(٤) اللبن ، وحكاه في
موضع آخر من هذا الكتاب عن أبي حنيفة ^(٥) .

وفيه أيضا : هشام عن محمد : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : رجل غصب من آخر
لحماً ، واستهلكه ، فعليه قيمته ^(٦) . وفيه كلمات أخر عرفت في كتاب البيوع .
استهلك سرقين إنسان يجب عليه القيمة ؛ لأنه ليس بمثل ^(٧) ؛ لأنه لا يكال
ولا يوزن ، إنما يحمل أوقاراً ^(٨) فيضمن بالقيمة .

ذكر شمس الأئمة السرخسي : أن رد مثل المغصوب ومثل المستهلك في الموضع
الذي وجب المثل [يجب] ^(٩) في موضع الغصب والاستهلاك ، وذكر شيخ الإسلام : أن
ضمان الجناية [لا يجب في موضع الجناية] ^(١٠) [٢٥ / ٦ / هـ] إنما يجب ^(١١) في مكان ^(١٢)

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٨) ، ولعل المراد : أن قوله الأول : عليه القيمة ، وقوله الآخر : عليه
المثل .

(٣) في (ج) « فأرضعت » .

(٤) في (ب) « لاتضمن فيه » .

(٥) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٨) .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) .

(٧) في (ب) « بمثل » .

(٨) الأوقار : جمع وقربكسر الواو ، وهو الحِمل والثقل ، يُحمل على ظهر أو على رأس ، وأكثر ما يستعمل
في حِمل البغل والحمار ، كالوَسْتِ في حِمل البعير .

مجمّل اللغة ص (٧٥٩) ، والمغرب ص (٤٩٠) ، والمصباح المنير (٢ / ٦٦٨) ، ولسان العرب

(٥ / ٢٨٩) .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

الخصومة^(١) .

استهلك ثوبا لرجل ، وجاء بقيمته^(٢) فقال رب الثوب : لا أريدها ولا أجعلك في حل . للغاصب^(٣) أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول . وإن لم يرفع الأمر إلى الحاكم ووضع القيمة في حجره يبرأ ، وإن وضعه بين يديه لا يبرأ^(٤) [والله أعلم]^(٥) .

(١١) في (ب) « وإنما يجب » . ، وفي (د) « إنما تجب » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « موضع » .

(١) الجامع الكبير ص (٣٤٢) ، والمبسوط (٥٣ / ١١) ، وعبارة المبسوط « وفيه دليل على أن رد مثل

المغصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك » .

(٢) في (ب) « بقيمة » .

(٣) في (ج) « فللغاصب » .

(٤) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٦) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) و (ج) و (د) ، والتصويب من (ب) .

الفصل الثالث

فيما لا يجب الضمان [باستهلاكه] ^(١).

كسر بيضة أو جوزة ^(٢) لغيره فوجد داخلها فاسداً ، فلا ضمان عليه [لأنه ظهر أنه ما استهلك مالاً ، وكذلك لو كسر درهم إنسان ثم ظهر أنه ستوق ^(٣) ، فلا ضمان عليه] ^(٤)؛ لما قلنا .

إذا أتلف ^(٥) تأليف حصير ^(٦) إنسان ، فإن أمكن إعادته كما كان ، أمره ^(٧) بالإعادة؛ لأنه قادر على رده كما أخذه ^(٨) ، فصار كمن غصب سلم ^(٩) إنسان وساقها «ران بابها جدار كرد» ^(١٠) يؤمر بإعادة التركيب؛ لأن الإعادة ممكنة ^(١١) فيؤمر بالإعادة ،

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « بالاستهلاك » ، وفي (ب) « باستهلاك » والتصويب من (ج) ومن مقدمة كتاب الغصب .

(٢) في (ج) « كسريضاً ، وجده لغيره » .

(٣) في (د) « ستوق » ،

والستوق « درهم ستوق ، وستوق : زيف بهرج لاخير فيه » لسان العرب (١٥٢ / ١٠) ، وطلبة الطلبة ص (٢٢٧) ، والمغرب ص (٢١٧) ، والقاموس المحيط ص (١١٥٢)

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « أفسد » .

(٦) التأليف من ألفت الشيء تأليفاً : إذا وصلت بعضه ببعض .

لسان العرب (١٠ / ٩) ، والقاموس المحيط ص (١٠٢٥) ، والمعجم الوسيط (٢٤ / ١) .

والحصير سقيفة تصنع من بردي وأسل وباري ثم تفرش سمي بذلك لأنه يلي وجه الأرض ، وقيل : الحصير : البساط المنسوج ، سمي حصيراً لأنه حُصِرَتْ طاقته بعضها مع بعض .

لسان العرب (١٩٦ / ٤) ، والقاموس المحيط ص (٤٨٠) ، والمعجم الوسيط (١٧٩ / ١) .

(٧) في (ب) « يؤمر » ، وفي (ج) « أمرناه » .

(٨) في (ج) « أخذ » .

(٩) في (ج) « سلمه » .

(١٠) كذا في جميع النسخ ، وهي جملة فارسية ، معناها : أنه : أخذ ساق السلم وجعلها في باب جداره

(١١) في (ج) « ممكن » .

وإن لم يمكنه^(١) الإعادة كما كان ، سلم له المنقوص ، وضمن^(٢) قيمة الحصير صحيحا ؛ لأنه عجز عن الرد كما أخذ ؛ فيصار إلى القيمة .

وإذا حلّ شراك نعل^(٣) غيره ؛ فإن كان النعل من النعال التي يستعملها العامة^(٤) لاشيء عليه ؛ لأنه لا مؤنة في إعادة شراكها^(٥) .

وإن كان^(٦) النعل غريبة^(٧) ؛ فإن كان لا ينقص [سعرها]^(٨) ولا يدخلها^(٩) عيب لو أعيد^(١٠) يؤمر^(١١) بالإعادة ولا يضمن شيئا ، وإن كان ينقص [سعرها]^(١٢) ويدخلها^(١٣) عيب لو أعيد^(١٤) يضمن النقصان^(١٥) .

في واقعات الناطفي : نزع باب دار الإنسان^(١٦) عن موضعه ، أو حل سرج إنسان ،

(١١) في (ج) « ممكن » .

(١) في (د) « تمكنه » .

(٢) في (ب) « رحم » .

(٣) في (ج) « نعد » .

(٤) في (ب) « الأكاسفة » .

(٥) في (ج) « شراكة » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « غريبا » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « سترها » ، وفي (ب) « سرها » ، وفي (ج) « سيره » .

« ، وفي (هـ) « سره » ، والصواب : ما أثبت ، والله أعلم .

(٩) في (ج) « ولا يدخله » .

(١٠) في (ب) « اعتد » .

(١١) في (ب) « لو امر » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « سترها » ، وفي (ج) ، و (هـ) « سيرة » .

والصواب : ما أثبت ، والله أعلم .

(١٣) في (ج) « ويدخله » .

(١٤) في (ب) « اعتد » .

(١٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١١) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٠ ، و ٣ / ٢٤٣) .

(١٦) في (ج) « إنسان » .

[أوجاء^(١) إلى ثوب أسداه^(٢) الحائك^(٣) أو^(٤) نسجه فنشره^(٥) حتى أعاده إلى حاله الأولى^(٦) ، فكل ما كان مؤلفاً فنقض تأليفه ، فالجواب فيه على نحو^(٧) ما ذكرنا] ٢ / ٥٧٢ ج [في النعلين والحصير^(٨)]^(٩) .

في النوازل : هدم جدار رجل ، ثم بناه الهادم قبل أن يضمن القيمة ، إن بناه كما كان فلا ضمان عليه ؛ لأنه إعادة [إلى حاله] الأولى^(١٠) الأولى^(١١) حكما ، فصار كمن فتح مخيط إنسان ثم خاطه^(١٢) .

إذا دخل على صاحب دكان بإذنه فتعلق بثوبه شيء مما في دكانه فسقط لا يضمن .
هكذا ذكر في واقعات الناطفي ، وتأويله الصحيح : أن السقوط لم يكن بفعله وبده .
دفع إلى خياط كرباساً^(١٣) ليخطه^(١٤) له قميصا ، فخاط قميصا فاسدا ، وعلم

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « وجاء » والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) « استبداه » .

(٣) أسداه : السدى : على وزن الحصى من الثوب : خلاف اللحمة وهو ما يُمدّ طولاً في النسخ .

المصباح المنير (٢٧١ / ١) ، ولسان العرب (٣٧٥ / ١٤) ، والقاموس المحيط ص (١٦٦٩) .

والحائك : من حاك الثوب حوكاً وحياكاً وحياكة : أي نسجه ، ورجل حائك من قوم حاكّة ، وحوكة .

المصباح المنير (١٥٧ / ١) ، ولسان العرب (٤١٨ / ١٠) ، والقاموس المحيط ص (١٢١١) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ب) « فبشره » .

(٦) في (ج) « الحالة الأولى » .

(٧) في (ج) « ألحق بما ذكرنا » .

(٨) في (ب) « والحضر » .

(٩) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٤) ، وفتاوى قاضيه خان (٢٤٠ / ٣) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « الأول » .

(١٢) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٣٦)

(١٣) الكرباس : بالكسر ثوب خشن من القطن الأبيض ، فارسي معرب . =

صاحب الثوب^(١) بالفساد فلبسه مع ذلك فلا ضمان ؛ لأن لبسه مع العلم رضا بالفساد ، ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل . انتهى^(٢) .

إذا ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها ضمن ، والراعي والبقر^(٣) في مثل هذا لا يضمن ، هكذا ذكر الصدر الشهيد في الباب^(٤) الأول من شركة واقعاته . وجواب محمد في الأصل : أن الراعي يضمن وهو القياس ، والمسألة في باب إجارة الراعي ، فالصدر الشهيد فرق بين الراعي والبقر وبين الأجنبي ؛ فضمن^(٥) الأجنبي ولم يضمن الراعي والبقر . والفقيه أبو الليث سوى بينهما فقال : لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي لوجود الإذن بالذبح دلالة^(٦) في هذه الحالة في حق الكل .

وكذلك الجواب في البعير ؛ لأن الذبح في هذه الحال^(٧) لإصلاح اللحم ، وأما في الحمار والبغل فلا يذبح ؛ لأن ذبحهما ليس لإصلاح اللحم ، وفي الفرس أيضا لا يذبح^(٨) لأن ذبحه ليس لإصلاح اللحم عند أبي حنيفة ؛ لأن كراهته كراهة تحريم عنده هو الصحيح^(٩) .

= المعرب ص (٥٥٦) ، والمصباح المنير (٥٢٩ / ٢) ، ولسان العرب (١٩٥ / ٦) ، والقاموس

المحيط ص (٧٣٥) .

(١٤) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « ليخط » .

(١) سقط من (ب) .

(٢) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٣) الراعي : الذي يرعى الماشية أي يحوطها ويحفظها .

لسان العرب (٣٢٥ / ١٤) ، والمعجم الوسيط (٣٥٦ / ١) .

والبقر : صاحب البقر . لسان العرب (٧٣ / ٤) ، والقاموس المحيط ص (٤٥٠) .

(٤) في (ب) « باب » .

(٥) في (ب) « يضمن » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « المحال » ، وفي (د) « الحالة » .

(٨) في (ب) « لا ذبح » .

(٩) فتاوى قاضيخان (٢٣٨ / ٣) ، وقد كتب بجوار هذه الكلمة في الهامش في (١) =

إذا رفع التراب من أرض الغير، إن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع [إن انتقص الأرض برفعه ضمن النقصان وإن لم ينتقص فلا شيء عليه ولا يؤمر بالكبس ^(١)] وإن قال به بعض العلماء ، وإن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع [^(٢) ضمن قيمته ، تمكن النقصان في الأرض أو لم يتمكن . في أدب القاضي للخصاف في آخر باب اليمين ^(٣)] .

الصراف إذا غمز الدراهم وكسرها ^(٤) ضمن [إلا ^(٥)] إذا قال له المالك : أغمز في غصب العيون ^(٦) . وكذلك إذا ^(٧) دفع إليه قوسا ، وقال له : [مُدَّه ^(٨)] . فمدها ، وانكسرت ^(٩) ، يضمن ، إلا إذا قال له : مدها ^(١٠) . في هذا الموضع أيضا .

وفي صرف المنتقى : عن أبي يوسف في الصيرفي إذا انتقد ^(١١) الدراهم بإذن صاحبها ، فغمز درهما فانكسرت ^(١٢) . قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا ضمان . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز فلا ضمان . واختار

= « مطلب كراهة أكل الفرس عند أبي حنيفة كراهة تحريم هو الصحيح » .

(١) في (ج) « فلا يؤمر بالكبس » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(٣) شرح أدب الخصاف ص (١٤٥) ، و فتاوى قاضيهان (٢٣٨ / ٣) .

(٤) غمز الدراهم في القاموس المحيط : غمره بيده يغمزه شبه نخسه ص (٦٦٨) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (ب) ، و (هـ) .

(٦) عيون المسائل (٢ / ٢٣٢) ، و فتاوى قاضيهان (٢٣٨ / ٣) .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) و (د) « أَرَه » وفي (ب) « رَه » ، وفي (ج) « أَدَه » ، والتصويب من (هـ) .

(٩) في (ج) « فمده وانكسر » .

(١٠) في (ج) « مده » .

(١١) في (ب) « ينفذ » ، ومعنى انتقد الدراهم أي : نظر فيها ليعرف جيدها وزيفها ، فيخرج الزيف

منها .

المصباح المنير (٢ / ٦٢٠) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٩٤٤) .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « فانكسر » .

للفتوى : أن صاحب المال إن أمره بالغمز [فلامضان ، وإن لم يأمره بالغمز^(١)] ، فإن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز فلامضان عليه^(٢) أيضا . ويثبت الإذن بالغمز^(٣) دلالة إذا كانت الحالة هذه^(٤) .

إذا طبخ لحم غيره بغير أمره ضمن ، ولو جعل [صاحب اللحم]^(٥) اللحم في القدر ، ووضع القدر على الكانون^(٦) ، ووضع تحتها الحطب ، فأوقد النار^(٧) فطبخ^(٨) فإنه لا يضمن استحسانا^(٩) . ومن هذا الجنس خمس^(١٠) مسائل ، إحداها هذه المسألة .

الثانية : إذا طحن حنطة غيره بغير أمره ضمن ، ولو أن صاحب الحنطة جعل الحنطة في الدودن^(١١) وربط عليه الحمار ، فجاء آخر ، وساق الحمار ، وطحن ، لا يضمن .
المسألة الثالثة : إذا رفع جرة [غيره]^(١٢) بغير أمره فانكسرت^(١٣) يضمن^(١٤) . ولو أن

(١) سقط من (د) .

(٢) سقط من (ب) ، و (د) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، و فتاوى قاضيخان (٢٣٨ / ٣) .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٦) الكانون الموقد والمصطلى .

المصباح المنير (٥٤٢ / ٢) ، ولسان العرب (٣٦٢ / ١٣) ، والقاموس المحيط ص (١٥٨٥) .

(٧) في (ب) « وأوقد » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « وطبخ » .

(٩) فتاوى قاضيخان (٢٣٨ / ٣) .

(١٠) سقط من (ب) ، و (ج) .

(١١) كذا في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، وفي (ج) ، و (هـ) « الدورق » . وقد بحث في

المعاجم العربية والفارسية عن معنى مناسب لإحدى الكلمتين فلم أجد ، والذي يظهر أن المراد آلة أوشي يطحن به .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) في (ب) ، و (ج) « فانكسر » .

(١٤) في (ب) « ضمن » .

صاحب الجرة رفع الجرة فأمالها إلى نفسه ، فجاء إنسان ، وأعانه على الرفع [٤٤٣/٢]
 [١] فانكسرت^(١) فيما بين ذلك لا يضمن^(٢) [٢٦٤/٣] د .

[المسألة الرابعة]^(٣) من حمل على دابة غيره بغير أمره حتى هلكت الدابة يضمن ،
 ولو حمل المالك على دابته شيئاً ، ثم سقط في الطريق ، فجاء إنسان وحمل بغير إذنه
 فهلك [٢٦/٦ هـ] الدابة لا يضمن^(٤) .

المسألة الخامسة : إذا ذبح أضحية غيره بغير إذنه ، إن ذبح في غير^(٥) أيام الأضحية :
 لا يجوز ويضمن الذابح . وإن ذبح في أيام الأضحية يجوز ولا يضمن ؛ لأن الإذن ثابت
 دلالة في هذه المسائل^(٦) [والدلالة يجب اعتبارها ما لم يوجد الصريح بخلافه . هذا
 الجملة ذكرها الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في باب ما لا يجزئ في الأضحية .

ومن جنس هذه المسائل [٧] . ما ذكر محمد^(٨) - رحمه الله - في شرح^(٩) المزارعة
 في باب قبل باب المزارعة التي يشترط فيها المعاملة^(١٠) : أن من أحضر فعلة^(١١) كهدم
 داره^(١٢) ، فجاء آخر وهدم بغير إذنه لا يضمن استحساناً .

(١) في (ج) « فانكسر » .

(٢) فتاوى قاضيخان (٢٣٨/٣) ، والفتاوى الهندية (١٢٩/٥)

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) الفتاوى الهندية (١٢٩/٥) .

(٥) في (ب) « إن ذبح بغير » .

(٦) الفتاوى الهندية (١٢٩/٥) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) في (ب) « شرحه » .

(١٠) في (ب) « المعاملات » .

(١١) الفعلة : بفتح الفاء والعين صفة غالبية على عملة الطين والحفر ونحوهما ، لأنهم يفعلون قال ابن

الأعرابي : والتجار يقال له : فاعل .

المغرب ص (٣٦٣) ، ولسان العرب (٥٢٨/١١) ، والقاموس المحيط ص (١٣٤٨) .

(١٢) في (ب) ، و (ج) ، « دار » .

وصار^(١) الأصل في جنس هذه المسائل : أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس ، يثبت الاستعانة فيه^(٢) بكل أحد^(٣) من آحاد الناس [دلالة فأما إذا كان عملاً يتفاوت فيه الناس لا يثبت الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس]^(٤) كما لو علق الشاة بعد الذبح للسلخ ، فجاء^(٥) [٤٦ / ٢ / ب] إنسان وسلخ بغير إذنه يضمن^(٦) . ذكر - رحمه الله - هذا الأصل في هذا^(٧) الباب أيضاً^(٨) .

القصاب إذا اشترى شاة ، فجاء إنسان وذبحها ، فهذا على وجهين : أما إن ذبحها بعد ما أخذها القصاب وشدّ رجلها أو قبل^(٩) ذلك ، ففي^(١٠) الوجه الأول : لا يضمن . وفي الوجه الثاني : يضمن^(١١) .

نزع^(١٢) غريم رجل من يده يعزّر^(١٣) ؛ لكن لا ضمان عليه^(١٤) .
في فتاوى أبي الليث : دابة لرجل ، دخلت زرع إنسان ، فأخرجها صاحب الزرع ،

(١) في (ب) « فصار » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « واحد » .

(٤) ما بين المعتوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ج) « في » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « ضمن » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) فتاوى قاضيخان (٢٣٨ / ٣) ، الفتاوى الهندية (١٢٩ / ٥) .

(٩) في (د) « وقبل » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « في » .

(١١) فتاوى قاضيخان (٢٣٨ / ٣) ، الفتاوى الهندية (١٢٩ / ٥) .

(١٢) في (ب) « نزع » ومعنى نزع أي جذب وقلع .

المصباح المنير (٦٠٠ / ٢) ، والقاموس المحيط (٩٨٩) ، والمعجم الوسيط (٩١٣ / ٢) .

(١٣) في (ب) « ويعزّر » .

(١٤) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٠) ، و فتاوى قاضيخان (٢٤٠ / ٣) .

فجاء ذئب فأكلها^(١)، إن أخرجها [صاحب الزرع]^(٢) ولم يسقها بعد ذلك فلا ضمان عليه عند^(٣) أكثر المشايخ . وهو المختار للفتوى ، وإن ساقها بعد ذلك^(٤) [أكثر مشايخنا على أنه يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن عليها من^(٥) زرعه ، أو أكثر من ذلك وعليه الفتوى ، وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكه^(٦) بقرة لغير فطردها قدر ما يخرج من بادوكه^(٧) لا يضمن وإن ساقها بعد ذلك يضمن^(٨)]^(٩) يضمن^(١٠) .

فأما إذا وجد بقرة في زرعه ، فأخبر صاحبها ، فأخرجها صاحبها [فأفسدت]^(١١) الدابة الزرع ، [إن أمر صاحب الزرع]^(١٢) إن أمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج لا يضمن صاحب الدابة شيئا ، [وإن لم يأمره يضمن]^(١٣) ، هذه الجملة في الباب الأول من غصب الواقعات^(١٤) .

المزارع إذا دفع البقر الذي دفعه إليه رب الأرض مع البذر والأرض^(١٥) مزارعة إلى

(١) في (ج) « وأكلها » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « عليه » .

(٤) في (ب) ، و (د) « بعد ما أخرجها » .

(٥) في (ب) ، و (د) ، « يأمنها فيه على » .

(٦) في (د) « باروكه » ، لم أقف على معنى البادوك ، والذي يظهر أنه مستودع أو حظيرة يحفظ فيها الراعي بهائمته .

(٧) في (د) « باروكه » .

(٨) في (د) « ضمن » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٧) ، و عيون المسائل (٢ / ٢٢٨) ،

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (ج) ، « فأفسد » ، والتصويب من (د) .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٤) الفتاوى الهندية (٥ / ١٣٠) .

(١٥) في (د) « مع الأرض والبذر » .

الراعي فضاع لا ضمان على^(١) أحد . في غصب فتاوى أهل^(٢) سمرقند .
 إذا امتنع صاحب الزرع عن السقي حتى^(٣) فسد الزرع لم يكن عليه ضمان الزرع .
 في واقعات الناطفي . [والله أعلم]^(٤) .

(١) في (ب) « إلى » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) سقط من (د) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، و (د) ، والتصويب من (ب) .

الفصل الرابع

في كيفية الضمان

في المنتقى : بشر بن الوليد^(١) عن أبي يوسف : في رجل خرق طيلسان^(٢) رجل^(٣)، ثم رفاه^(٤)، قال : أقومّه صحيحاً ، وأقومّه مرفوّاً فأضمنه فضل ما بينهما^(٥) .
وعنه أيضاً : رجل حفر بئراً في ملكه وطمها^(٦) رجل بترابها ، قال : أقومها محفورة وغير محفورة ، فأضمنه فضل ما بينهما . وإن طرح^(٧) فيها تراباً أجبره^(٨) على أن يخرجها . وإن كان في الصحراء فإن لم يخرج الماء فليس عليه من دفنها^(٩) شيء ، وإن أخرج الماء فقد استحقها ؛ لأنه بئر عطن^(١٠) فهو ضامن لفضل ما بينهما^(١١) .

(١) هو : بشر بن الوليد بن خالد بن الوليد الكندي ، القاضي ، مات سنة ٢٣٨ ، ودفن في مقابر باب الشام .

الجواهر المضية (٣٧٣) ، والطبقات (٥٦٧) ، والفوائد البهية (٥٤)

(٢) في (ج) « طيلساناً » .

والطيلسان : فارسي معرب وهو : ضرب من الأكسية والأوشحة ، يلبس على الكتف ، أو يحيط بالبدن ، خالٍ عن التفصيل والخياطة ، وهو ما يعرف في العامة بالشال .

المعرب ص (٤٤٦) ، ولسان العرب (١١٢٤ / ٦) ، والمعجم الوسيط (٥٦١ / ٢) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) الرفو من : رفا الثوب إذا لم خرقه بُساجةٍ وأصلحه .

المغرب ص (١٩٢) ، والمصباح المنير (٢٣٤ / ١) ، ولسان العرب (٢٣٠ / ١٤) القاموس المحيط ص (١٦٦٣) .

(٥) فتاوى قاضيه خان (٢٥٧ / ٣) .

(٦) في (ج) « فطمها » .

(٧) في (ب) « يخرج » .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « أجبرته » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « وقتها » ، والتصويب من (ب) ، و (د) ، و (هـ) ، وفي (جـ) « طمس » .

(١٠) العطن : مناخ الإبل ومبركها ، ولا يكون إلا عند الماء ، فاما مباركها في البرية أو عند الحي =

إذا فرق دفاتر حساب إنسان ، واستهلكها^(١) ، ولم يدر المالك^(٢) ما أخذ وما أعطى ،
يضمن للمالك قيمة دفاتر الحساب ، وهو أن ينظر : بكم يشتري ذلك^(٣) .
في غصب فتاوى أهل سمرقند : وهو نظير ما ذكر^(٤) في فتاوى أبي الليث : من^(٥)
خرق صك إنسان ، ضمن^(٦) قيمة الصك مكتوباً على قول أكثر المشايخ ، ولا ينظر إلى
المال ؛ لأن الإلتلاف صادف الصك وما صادف^(٧) المال . [وقال بعضهم : يضمن على قدر
ما ينتفع به صاحبه]^(٨) ^(٩) .

في المنتقى : هشام عن محمد : سد المعتق باطل^(١٠) ؛ لأنه لو صبه إنسان لمسلم
أضمنه^(١١) ، قلت له^(١٢) : فقول أبي حنيفة^(١٣) - رحمه الله - فمن^(١٤) صب سُكراً لمسلم
= فهي الماوى ، والجمع أعطان ، مثل سبب أسباب ، قال في المغرب : وقولهم : حريم بئر العطن :
أربعون ذراعاً ، وحريم بئر الناضح : ستون ، فإنما أضيف ليفرق بين ما يستقى منه باليد وبين
ما يستقى منه بالناضح وهو البعير .

المغرب ص (٣١٩) ، والمصباح المنير (٤١٦ / ٢) ، ولسان العرب (٢٨٦ / ١٣) ، و
القاموس المحيط ص (١٥٦٩) .

(١١) لفتاوى الهندية (١٣٠ / ٥) .

(١) في (ج) « فاستهلكها » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٢)

(٤) في (ب) « ذكره » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « أن من » .

(٦) في (ج) « يضمن » .

(٧) في (ج) « أماما صادف المال » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٩) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٤٠) .

(١٠) سد المعتق : المعتقة : الخمر التي عُنُقَتْ زماناً حتى عُنُقَتْ ، وسَدَّ مصدر سَدَدْتُ الشيء سَدّاً ،

وهو إغلاق الخلل وردم الثلم ، ومنه سداد القارورة بالكسر .

المغرب ص (٢٢١) ، ولسان العرب (٢٣٧ / ١٠ - ٢٣٨) ، والقاموس المحيط ص (٣٦٧) .

(١١) في (ج) « لم أضمنه » .

يضمن قيمته أو مثله ؟ ، قال : قيمته .

إذا كسر بربط إنسان أو طنبور إنسان أو دُقَّهُ أو ما أشبه ذلك من آلات ^(١) الملاهي ^(٢) ، فعلى قولهما : لا ضمان ^(٣) ، وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - يجب الضمان ؛ لأن هذه الأشياء صالحة للانتفاع بها ^(٤) بجهة أخرى سوى اللهو ، بأن يجعل ظروفًا لأشياء ^(٥) ، فيضمن قيمتها من هذه الوجوه ^(٦) لا من حيث كونه طنبوراً أو بربطاً .

وذكر في الجامع الصغير : أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن ، إلا إذا فعل بإذن الإمام . قال القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح الجامع الصغير : والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس .

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي ^(٧) في الجامع الصغير أيضاً : أن قول

(١٢) في (ج) « قيل له » .

(١٣) في (ج) « يقول أبو حنيفة » .

(١٤) في (ج) « فيمن » .

(١) سقط من (ب) .

(٢) البربط : فارسي الأصل ، وهو عودٌ يتلهى به الأعاجم وليس من ملاهي العرب ، وشبهه بصدر البط ، والصدر بالفارسية : بَرٌّ ، فقيل : بربط ، والجمع برباط .

لسان العرب (٢٥٨ / ٧) المعجم الوسيط (٤٦ / ١)

والطنبور : من آلات اللعب واللهو والطرب ذات عنق وأوتار .

المعرب ص (٤٤٤) ، ولسان العرب (٥٠٤ / ٤) ، والمعجم الوسيط ٢ / ٥٦٧ .

والدف هو آلة الطرب ينقر عليها ، ويضرب به النساء ، والجمع دفوف .

المعرب ص (١٦٦) ، ولسان العرب (١٠٦ / ٩) ، والقاموس المحيط ص (١٠٤٧) المعجم

الوسيط (٢٨٩ / ١) .

(٣) في (ج) « لاضمان عليه » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ب) ، و (د) « ظروف الأشياء » ، وفي (ج) « ظرف الأشياء » .

(٦) في (ب) ، و (ج) : « هذا الوجه » .

(٧) هو أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم بن موسى البزدوي الإمام الكبير الجامع بين =

أبي حنيفة - رحمه الله - قياس، وقولهما استحسان .
قال صدر^(١) الإسلام^(٢) : ثم^(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا وجب الضمان
يجب على وجه الصلاحية لغير^(٤) التلهي على أدنى وجه يمكن^(٥) الانتفاع بذلك .
وعلى هذا الاختلاف^(٦) الترد والشطرنج ؛ لأنه يمكن أن يجعل هذه الأشياء سنجات
الميزان^(٧) .

= أشتات العلوم ، الإمام في الفروع والأصول ، له تصانيف كثيرة معتبرة منها : المبسوط في أحد
عشر مجلداً ، وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير ، وكتاب كبير في أصول الفقه مشهور
بأصول البزدوي ، ولد في حدود سنة ٤٠٠ ، ومات سنة ٤٨٢ من الخامس من رجب ، ودفن
بسمرقند .

الجواهر المضية (٥٩٤/٢) برقم (٩٩٧) ، وتاج التراجم (١٤٦) ، برقم (١٦٤) ، والفوائد البهية
(١٢٤) .

(١) في (ب) « الصدر » .

(٢) هو صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم البزدوي ، كان إماماً بارعاً في الفروع
والأصول ، وإليه انتهت رئاسة الحنفية ، تفقه عليه خلق منهم : نجم الدين النسفي ، وعلاء الدين
السمرقندي صاحب تحفة الفقهاء ، وغيرهما . توفي ببخارى سنة ثلاث وتسعين وأربعمائة .

الجواهر المضية (٩٨/٤) برقم ١٩٩٢ ، والفوائد البهية ١٨٨ ، و ٢٣٨ .

(٣) في (ب) « ثمة عند » ، وفي (ج) « ثمة ثم عند » .

(٤) في (ج) « بغير » .

(٥) في (ب) « تمكن » .

(٦) في (ج) « الخلاف » .

(٧) الترد : لعبة ذات صندوق وحجارة وقصصين تعتمد على الخط ، وتنقل فيها الحجارة فيها على
حسب ما يأتي به القَصُّ ، وتعرف عند العامة بالطاولة وصنعه أردشير بن بابك ، ولهذا تسمى :
الترد شير .

لسان العرب (٤٢١/٣) ، والقاموس المحيط ص (٤١١) ، والمعجم الوسيط (٩١٢/٢) ،

الشطرنج : لعبة تلعب على رقعة ذات أربعة وستين مربعا ، وتمثل دولتين متحاربتين ، باثنتين وثلاثين
قطعة ، تمثل الملكين والوزيرين والخيالة والقلاع والفيلة والجنود .

المعرب ص (٤١٤) ، والمصباح المنير (٣١٢/١) ، والقاموس المحيط ص (٢٥٠) ، =

وفي القدوري يقول في مسألة الطنبور والبريط : أنه يضمن قيمته خشباً منحوتاً . وفي المنتقى^(١) : يضمن قيمته خشباً ألواحاً^(٢) .

[هشام عن محمد : إذا أحرق صليباً لذمي ، ضمنه قيمته صليباً ؛ لأننا على ذلك صالحناهم]^(٣) ^(٤) .

قال^(٥) هشام : [قلت لمحمد]^(٦) : إذا أحرق باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة ؟ ، قال : في قلبي يضمن قيمته غير منقوشة^(٧) بتماثيل ، فإن كان صاحبه قطع رؤوس^(٨) التماثيل ضمن قيمته منقوشاً ؛ بمنزله منقوش شجر^(٩) . قلت : لو أحرق بساطاً فيه صورة رجال ؟ ، قال : ضمن قيمته مصوراً [٢ / ٤٤٤ أ] ؛ لأن البساط يوطأ . قلت : إذا هدم بيتاً [٦ / ٢٧ هـ] مصوراً بهذه الأصباغ تماثيل الرجال والطير ؟ قال : أضمنه قيمة^(١٠) البيت والأصباغ غير مصور^(١١) .

وإن قتل جارية مغنية ، ضمن قيمتها غير مغنية ، إلا أن يكون الغناء يُنقصُ فأقوّمها

= والمعجم الوسيط (١ / ٤٨٢) .

سنجة الميزان مايوزن به كالرطل والأوقية ، والجمع سَنَجٌ . المعجم الوسيط (١ / ٤٥٣) .

(١) في (جـ) « وفي المنتقى يقول » .

(٢) الجامع الصغير ص (٣١٢) ، وعيون المسائل (٢ / ٣٨١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٧) ، و

الهداية (٤ / ٢٣) ، والبناية (١٠ / ٣١٢) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٤) بدائع الصنائع (٧ / ١٤٨) ، والهداية (٤ / ٢٣) ، وتبيين الحقائق (٥ / ٢٣٨) ، والبناية

(١٠ / ٣١٧) .

(٥) سقط من (جـ) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (بـ) .

(٧) في (بـ) ، و (جـ) « منقوش » .

(٨) في (دـ) « رأس » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (دـ) « سحراً » ، والتصويب من (جـ) ، و (هـ)

(١٠) سقط من (بـ) .

(١١) عيون المسائل (٢ / ٣٨١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٨) .

على ذلك . وإن^(١) كانت الجارية حسنة الصوت إلا أنها لا تغني ، فهو على [حسن]^(٢) الصوت^(٣) .

والحمامة وإذا كانت تفرقر^(٤) والفاخته^(٥) إذا كانت تفرقر ، يعتبر قيمتها^(٦) مفرقرة . والحمامة إذا كانت تجيء من بعيد لا يعتبر قيمتها على ذلك . والفرس الذي سبق^(٧) عليه فهو على السابق قيمته . وفي الحمامة إذا كانت طائرة^(٨) يعتبر قيمتها غير طائرة ، وكذلك [كل]^(٩) شيء يكون بغير تعليم^(١٠) .

غصب^(١١) من آخر أرضا وزرعها وانتقصت الأرض بسبب الزراعة فعلى الغاصب نقصان الأرض . واختلف المشايخ في طريق معرفة النقصان . قال بعضهم : ينظر بكم يؤاجر^(١٢) هذه الأرض قبل الزراعة ، وبكم يؤاجر^(١٣) بعد الزراعة ، قمقدار^(١٤) التفاوت نقصان الأرض . [قال بعضهم : ينظر بكم تشتري هذه الأرض قبل الزراعة ، وبكم

(١) في (ج) « سواء إن كانت » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « حسنة » ، والتصويب من (ج) .

(٣) عيون المسائل (٢ / ٣٨١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٨) ، والهداية (٤ / ٢٣) .

(٤) الفرقرة : صوت الحمام والدجاج إذا قطعت ، فإن ردّته قلت : فرقرت فرقرة . لسان العرب (٥ /

٨٤) ، والقاموس المحيط ص (٥٩٣) .

(٥) الفاخته : واحدة الفواخت ، وهي ضرب من الحمام المطوق .

لسان العرب (٢ / ٦٥) ، وحياة الحيوان الكبرى (٢ / ١٣٥) ، والقاموس المحيط ص (٢٠١) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ج) « والفرس إذا كان يسبق عليه » .

(٨) في (ب) « طائراً »

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) الهداية (٤ / ٢٣) ، وتبيين الحقائق (٥ / ٢٣٨) ، والبنية (١٠ / ٣١٧) .

(١١) في (ب) « من غصب » .

(١٢) في (د) « تؤاجر » .

(١٣) في (د) « تواجر » .

(١٤) في (ب) « بمقدار » .

تشتري بعد الزراعة ، فمقدار التفاوت نقصان الأرض]^(١) . قال شمس الأئمة السرخسي : والقول الأول أقرب إلى الصواب^(٢) .

قطع شجرة من دار رجل بغير أمره ، فرب الدار بالخيار ، إن شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة ، وطريق^(٣) معرفة ذلك : أن يقوم الدار مع الشجرة ، [ويقوم^(٤) بدون الشجرة ، فيضمن فضل ما بينهما . وإن شاء أمسك الشجرة ويضمن قيمة النقصان قائمة ، وطريق معرفة ذلك أن يقوم الدار مع الشجرة]^(٥) وبغير الشجرة أصلاً ، فتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة . ثم ينظر إلى ذلك وإلى قيمة الشجرة مقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع ، حتى لو كانت^(٦) قيمة الشجرة مقطوعة وغير مقطوعة على السواء لا شيء عليه . في فتاوى أبي الليث^(٧) .

وفي مجموع النوازل : من قلع شجرة من بستان رجل أو من داره ، فاستهلكها ، فعليه نقصان الدار والبستان . ومن قلع شجرة [من أرض]^(٨) رجل فعليه قيمة الحطب . جاء إلى تنور^(٩) وقد سجرت^(١٠) بقصب ، قصب فيها الماء ، ينظر إلى قيمة التنور كذلك وإلى قيمته غير مسجور^(١١) ، فيضمن فضل ما بينهما^(١٢) . وكذلك بئر الماء إذا بال

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) المبسوط (١١ / ١٥٠) وانظر بدائع الصنائع (٧ / ١٦٠) .

(٣) في (ج) « وطريقه » .

(٤) في (د) « وتقوم » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (ج) « كان » .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٥٤) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) في (ب) « تنور ومن » ، وفي (ج) « داشن » ، وفي (هـ) « دواس » .

(١٠) في (ب) « وقد سجر » ، وفي (ج) « وقد سخت » .

(١١) في (ب) « غيره مسجور » .

(١٢) في (ج) « فضل بينهما » .

فيها إنسان على هذا . في واقعات الناطفي^(١) .

في^(٢) جنايات فتاوى^(٣) أهل سمرقند : فتح رأس تنور إنسان حتى برد ، فعليه قيمة الخطب مقدار ما يسجر به التنور ، ويمكن أن يقال : ينظر بكم يستأجر التنور المسجور لينتفع به من غير أن يسجر ثانياً^(٤) ، فيضمن ذلك القدر ، أو ينظر إلى أجرته مسجوراً وغير مسجور ، فضمن^(٥) تفاوت ما بينهما^(٦) .

(١) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٥) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤١) .

(٢) في (جـ) « وفي » .

(٣) سقط من (د) .

(٤) سقط من (ب) ، و(جـ) .

(٥) في (ب) ، و(جـ) « فيضمن » .

(٦) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٥) ، وفتاوى قاضيه خان (٣/ ٢٤٠) .

الفصل الخامس

في خلط الغاصب مال^(١) رجلين أو مال غيره بماله واختلاط^(٢) أحد المالين بالآخر من غير خلط

قال محمد في الأصل: من^(٣) غصب من آخر حنطة وغصب من آخر شعيراً، وخلطهما ضمن لكل واحد منهما مثل ما غصب منه، ولم يذكر في الكتاب أن المخلوط لمن^(٤) يكون^(٥). وأعلم أن^(٦) المخلوط يكون على نوعين: خلط لا يتأتى معه التمييز كخلط اللبن باللبن وخلط^(٧) الحنطة بالحنطة، وفي هذه الصورة يكون المخلوط ملكاً للخالط، ويتقرر حق المالك في المثل عند أبي حنيفة - رحمه الله - [٣/٢٦٥/د] ولكن لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء البذل. وعلى قول أبي يوسف ومحمد: للمالك الخيار، إن شاء ضمنه مثل حقه وإن شاء شاركه في المخلوط. وأجمعوا: على أنه لو غصب دهن جوز وخلطه بدهن بزر^(٨) أن المخلوط يصير ملكاً للخالط.

وخلط يتأتى معه التمييز، وهو على نوعين: نوع يحتاج فيه إلى كلفة ومشقة للتمييز كخلط الحنطة بالشعير. [والجواب]^(٩) في هذا النوع عندهما كالجواب في النوع الأول،

(١) في (ب)، و(ج) «مالي».

(٢) في (ج) «واختلط».

(٣) سقط من (ب)، و(ج)، و(د).

(٤) في (ج) «لم».

(٥) الأصل لمحمد، اللوحة رقم (٤٨٣).

(٦) في (ب)، و(ج) «بأن».

(٧) سقط من (ج).

(٨) كذا في (أ)، و(ب)، و(د)، وفي (ج) «بزر»، وفي (هـ) «غير منقوطة

والبزر هو الحب بالكسر، والفتح لغة، قال الخليل: كل حب يبذر فهو بزر وبذر.

المغرب (٤٢)، والمصباح المنير (٤٧/١)، «الجواب»، والمعجم الوسيط (٥٤/١).

(٩) ما بين المعقوفين في (أ)، و(د) «الجواب»، والتصويب من (ب)، و(ج).

في ظاهر الرواية وبه أخذ بعض المشايخ .

[وروى] ^(١) الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن قوله في هذا النوع كقولهما ، وبه أخذ بعض المشايخ . وإليه أشار في كتاب الغصب وفي ^(٢) أول كتاب الوديعة فإنه قال : إذا كان الخالط أجنبيا ولم يظفر ^(٣) به ، فلهما أن يبيعا ^(٤) ، وإنما ^(٥) يكون لهما حق البيع إذا كان مشتركا بينهما . أما إذا كان ملك الخالط فلا يمكنهما البيع ، من المشايخ من قال ما ذكر من الجواب في تلك المسألة قول أبي يوسف ومحمد وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - [أما] ^(٦) على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ^(٧) [٢ / ٥٧٣ ج] - رحمه الله - لا يكون لهما حق البيع .

ومنهم من قال : ما ذكر ثمة قول الكل ، وهو الصحيح ^(٨) ، والعذر لأبي حنيفة - رحمه الله - على ظاهر الرواية : أن حق المبيع لهما في تلك الصورة ما كان باعتبار أن المخلوط لم يصير ملكا للخالط ؛ بل باعتبار أن [المخلوط] ^(٩) [وإن] ^(١٠) [صار] ^(١١) ملكا للخالط فحقهما لم ينقطع عنه ، بل توقف ^(١٢) تمام الانقطاع على وصول البديل إليهما ؛ ألا ترى ^(١٣) أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يؤد البديل إليهما ، وإذا بقي حقهما

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « روى » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ج) « في » .

(٣) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « ولا يظفر » .

(٤) في (ج) « يبيعا » .

(٥) في (ج) « وأن » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « وأن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) ، و (ج) « ظاهر رواية أبي حنيفة » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « الأصح » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « المخلوطين » ، والتصويب من (ج) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١١) ما بين المعقوفين في (أ) ، « صار » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (ج) « يتوقف » .

(١٣) في (ب) « ألا يرى » .

فيه^(١) قلنا : أنه يباع المخلوط لإيفاء حقهما [عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط]^(٢) كالمبيع في [يد البائع]^(٣) يباع [في الثمن]^(٤) عند تعذر استيفاء الثمن من المشتري بغيته كذا ههنا .

ومن المشايخ من قال : لأبي حنيفة^(٥) - رحمه الله - في هذا الخلط قياس واستحسان ، القياس أن يصير المخلوط ملكا للخالط ، وفي الاستحسان لا يصير [٢٨ / ٦ / هـ] .

ونوع لا يحتاج فيه التميز^(٦) إلى كلفة ومشقة كخلط البيض بالسود والدرهم والدنانير^(٧) ، وفي هذا النوع لا يجب الضمان على الخالط بالاتفاق^(٨) ، ولا يصير المخلوط ملكا للخالط بالإجماع^(٩) .

وفي^(١٠) المنتقى : قال هشام : [٢ / ٤٤٥ / أ] سألت محمدا عن رجل غصب من رجل ألف درهم وخلط بهما^(١١) درهماً من ماله ؟ ، قال : مذهب أبي يوسف في هذا : إذا كانت دراهم الخالط أكثر^(١٢) فهو مستهلك ضامن للدراهم المغصوبة ، وإن كان دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار [إن شاء ضمنه دراهم وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر

(١) سقط من (ج) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) في (ب) « قول أبي حنيفة » ، وفي (ج) « على قول أبي حنيفة » .

(٦) في (ج) « لا يحتاج إلى التميز فيه » .

(٧) في (ب) « والدنانير بالدراهم » .

(٨) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٩) المبسوط (٩١ / ١١) ، و (٩٧ / ١١) ، و (١١٠ / ١١) ، وتغفة الفقهاء (١٧٤ / ٣) ، و بدائع

الصنائع (٢١٣ / ٦) ، و (١٦٦ / ٧) .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « في » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « بها » .

(١٢) في (ج) « في هذا : أن دراهم الخالط إذا كان أكثر » .

دراهمه .

قلت : فإن كانا سواء فما مذهب أبي يوسف ؟ ، قال : لأدري ، وأما في قولنا : المغصوب منه بالخيار^(١) على كل حال ، إن شاء ضمن الغاصب دراهمه ، وإن شاء كان شريكاً فيها .

وفيه أيضاً : هشام عن محمد : إذا كان مع رجل سوق^(٢) ، ومع رجل آخر سمن أو زيت فاصطدما فانصب زيت هذا أو سمنه في سوق هذا ، فإن صاحب السوق يضمن لصاحب السمن [أو الزيت مثل كيل^(٣) سمنه أو زيتته^(٤) ؛ لأن صاحب السوق استهلك سمن هذا فلم يستهلك صاحب السمن سوق هذا]^(٥) ولأن هذه الزيادة^(٦) في السوق . وإن كان مع أحدهما سوق ، ومع الآخر نورة^(٧) فاصطدما فانصب سوق هذا^(٨) في نورة هذا ، فإن شاء صاحب السوق أخذ سوقه ناقصاً وأعطى الآخر مثل نورته ، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سوقه ويسلم له سوقه . وضمن صاحب السوق لصاحب النورة مثل كيل نورته لأن كل واحد منهما جانٍ . وإن فعل ذلك غريب ، وذهب ، فليس لصاحب النورة على صاحب السوق شيء ، لأن النورة لم

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) السوق : طعام يتخذ ويُعمل من مدقوق الخنطة والشعير ، سمي بذلك لانسياقه في الحلق ، والجمع أسوقه .

المصباح المنير (٢٩٦/١) ، ولسان العرب (١٧٠/١٠) ، والمعجم الوسيط (٤٦٥/١) .

(٣) سقط من (د) .

(٤) في (ج) « كيل زيتته أو سمنه » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ج) « ولأن هذا زيادة » .

(٧) النورة : يضم التون حجر الكلس ، ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره ، وتستعمل لإزالة الشعر ، وتَنَوَّر : اطلَى بالنورة .

المغرب ص (٤٧٠) ، والمصباح المنير (٦٣٠/٢) ، ولسان العرب (٢٤٤/٥)

(٨) في (ج) « هذان » .

تزد^(١) في سويقه بل نقصه، والسويق لصاحب السويق^(٢) .

وفي القدوري : صب ماء في طعام فأفسده وزاد في كيله ، فلصاحب الطعام أن يضمه قيمته قبل أن يصب فيها^(٣) الماء، وليس له أن يضمه طعاما مثله . وكذلك^(٤) لو صب ماء في دهن أو زيت ؛لأن للطعام^(٥) المثل^(٦) ، والدهن الذي صب فيه الماء لا مثل له ، فيقوم^(٧) القيمة ولا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء ؛لأنه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب عليه الماء فعليه مثله^(٨) .

وفي المنتقى : عن محمد رجل معه دراهم ينظر إليها^(٩) فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلف كان ضامنا لها ، قال : لأن هذا جناية منه وإن لم يتعمد^(١٠) .

(١) في (ج) « يزد » .

(٢) فتاوى قاضيخان (٢٤٥/٣) ، و(٢٤٦/٣) ، والفتاوى البزازية (١٩٢/٦) .

(٣) في (ب) ، و(ج) ، و(د) « فيه » .

(٤) في (ج) « وكذا » .

(٥) في (ج) « الطعام » .

(٦) في (ب) « المبل » .

(٧) في (ب) ، و(ج) « فيغرم » ، ولعله الأصوب .

(٨) تحفة الفقهاء (٩١/٣) ، و بدائع الصنائع (١٦٦ / ٧) .

(٩) في (ج) « إليه » .

(١٠) فتاوى قاضيخان (٢٣٤/٣) ، والفتاوى الهندية (١٣٣/٥) .

نوع منه :

ذكر في فتاوى أبي الليث : دجاجة ابتعلت لؤلؤة^(١) ينظر إلى قيمة اللؤلؤة وإلى قيمة الدجاجة أيهما أكثر، يخير صاحبها إن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر، يقال لصاحبها : إن شئت فأعطه^(٢) قيمة الدجاجة واذبحها ، وإن شئت فتربص إلى أن يخرج^(٣) اللؤلؤة منها . وإن كانت قيمة الدجاجة أكثر ، يقال لصاحبها : إن شئت فأعطه^(٤) قيمة اللؤلؤة وإلا فاذبح الدجاجة . وهكذا الجواب في الأترجة^(٥) إذا دخلت في قارورة إنسان [فكبرت]^(٦) . ولو أدخل رجل أترجة رجل في قارورة رجل [فكبرت]^(٧) الأترجة فلا خيار لأحد ، وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمة الأترجة ولصاحب القارورة قيمة القارورة وتكون^(٨) القارورة والأترجة له بالضمان^(٩) .

وفيه أيضا : شجرة قرع نبتت في أرض رجل فصارت في جب^(١٠) رجل ،

(١) في (ب) ، و (ج) « لؤلؤة رجل [٢ / ٤٧ / ب] » .

(٢) في (ج) « فأعط » .

(٣) في (د) « تخرج » .

(٤) في (ج) « فأعط » .

(٥) في (د) « الأبرجة » .

والأترجة : واحدة الأترج يضم الهمزة وتشديد الجيم : فاكهة معروفة وهو كالليمون الكبير، وهو ذهبي اللون ، ذكي الرائحة ، حامض الماء .

المصباح المنير (١ / ٧٣) ، والقاموس المحيط ص (٢٣٢) ، والمعجم الوسيط (١ / ٤) .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « فكثرت » ، وفي (د) الكلمة مهملة ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « فكثرت » ، وفي (ب) « فبكر » ، وفي (ج) « فكبر » ، والتصويب من (هـ) .

(٨) في (ب) « ويكون » .

(٩) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٥) ، وعيون المسائل (٢ / ٢٣٠) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤٢ / ٣) ، و (٢٤٤٣) .

(١٠) الجُبّ : البئر، وقيل : هي البئر التي لم تُطَوَّ ، وقيل : هي البئر الكثيرة الماء البعيدة القعر ، =

وانعقدت^(١) حتى عظمت ، ولم [يمكن]^(٢) إخراجها إلا بكسر الجب أو القرع ينظر إلى أكثرهما قيمة ، فيقال لصاحبه : أدّ قيمة الآخر وتملكه ، وإن باعا الجب والقرع جاز ، ويضرب كل واحد منهما في الثمن بقيمة سلعته^(٣) .

وفي كتاب الحيطان : رجل [قرن]^(٤) الشاة في قدر [الباقلاء]^(٥) وتعذر إخراجها ، ينظر أيهما كان أكثر قيمة من الآخر ، فيؤمر صاحب^(٦) أكثرهما قيمة بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ، ويكون مخيراً بعد ذلك يتلف أيهما شاء . وكذلك إذا كان للمستأجر جب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجها إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة ؟ ما ينهدم من الحائط بإخراج الجب أو الجب .

في المنتقى^(٧) هشام في نوادره عن محمد : دجاجة رجل ابتلعت لؤلؤة رجل آخر ، يقال لصاحب الدجاجة : إن شئت فأعط قيمة اللؤلؤة ، فإن أبى صاحب الدجاجة إعطاء قيمة اللؤلؤة أعطى الدجاجة بقيمتها . وكذلك إن ابتلعها بعير وقيمة اللؤلؤة كثيرة ، وإن كانت قيمة اللؤلؤة [شيئاً]^(٨) يسيراً فلا شيء على صاحب البعير^(٩) .

وفيه أيضاً : بشر عن أبي يوسف : في طائر ابتلع لؤلؤة فأراد صاحب اللؤلؤة أن يأخذ

= وقيل : لا تكون جباً حتى تكون مما وُجد لهما حفرة الناس .

المصباح المنير (٨٨ / ١) ، ولسان العرب (٢٥٠ / ١) ، والقاموس المحيط ص (٨٣) .

(١) التعقّد في البئر : أن يخرج أسفل الطّي ، ويدخل أعلاه إلى اتساع البئر .

لسان العرب (٢٩٩ / ٣) ، والقاموس المحيط (٣٨٤) .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « يكن » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٥) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤٤ / ٣) .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « قرب » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٥) في (ب) و (جـ) « الباقلائي » . والباقلاء : مخففة ممدودة هي الفول .

المغرب (٤٩) ، ولسان العرب (٦٢ / ١١) ، والقاموس المحيط (١٢٥٠) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ب) ، و (جـ) « وفي المنتقى » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) عيون المسائل (٣٦٩ / ٢) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤٢ / ٣) .

الطائر، قال : لا أجبر صاحب الطائر أن يعطيه الطائر ويأخذ قيمة الطائر . وكذلك [كل] ^(١) شيء يبتلع اللؤلؤة وقيمة اللؤلؤة خير منه .

رجل ^(٢) أودع رجلاً فصيلاً [و أدخله] ^(٣) المودع في بيته حتى عظم ، فلم يقدر على إخراجهِ إلا بقلع بابه ، فله أن يعطي قيمة الفصيل يوم ^(٤) صار الفصيل في حد لا يستطيع الخروج من الباب ، ويتملك الفصيل ؛ دفعاً للضرر عن نفسه [إن شاء] ^(٥) وإن شاء قلع بابه ^(٦) وردّ الفصيل .

قال الصدر الشهيد في واقعاته : يجب أن يكون تأويل المسألة إذا كان قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج [٦ / ٢٩ / هـ] الفصيل أكثر ^(٧) من قيمة الفصيل . وأما ^(٨) إذا كان قيمة الفصيل أكثر من قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل ، يؤمر صاحب الفصيل بدفع قيمة ما ينهدم ^(٩) إليه وإخراج ^(١٠) الفصيل ، ليكون هذا الجواب مطابقاً لما ذكر في النوازل ^(١١) .

وفي كتاب الحيطان : وهذا ^(١٢) إذا أدخل المودع الفصيل في بيته ، ولو استعار المودع

- (١) ما بين المعنوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .
- (٢) في (ب) ، و (ج) « وفي العيون : رجل » .
- (٣) ما بين المعنوفين في (أ) « أو أدخله » ، وفي (ج) « فأدخله » ، والتصويب من (ب) ، و (د) .
- (٤) في (ب) « لام » .
- (٥) ما بين المعنوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
- (٦) في (ج) « الباب » .
- (٧) في (ب) « أكبر » .
- (٨) في (ب) « فاما » وفي (ج) « أما » .
- (٩) في (ب) « ما ينهد » .
- (١٠) في (ج) « وأخرج » .
- (١١) في (ب) ، و (ج) « هذا » .
- (١٢) سقط من (ج) .

بيتا، وأدخل الفصيل فيه^(١)، وعظم الفصيل ، وباقي المسألة بحالها^(٢) ، يقال لرب الفصيل : إن أمكنتك إخراج الفصيل فأخرجه^(٣) وإلا فانحره^(٤) واجعله قطعاً قطعاً . وإن كان حماراً أو بغلاً، إن كان ضرر الباب فاحشاً فالجواب كذلك . أيضاً، وإن كان يسيراً له أن يقلع الباب ويغرم مقدار ما أفسد من الباب ، وهذا نوع استحسان ؛ لأنه لو لم يجعل كذلك يتضرر صاحب الحمار والبغل بفوات حقه أصلاً^(٥) .

وفي واقعات^(٦) الناطفي : قصار بسط ثوبا على حبل ، فجاءت^(٧) الريح وحملته وألقته [٤٤٦ / ٢ / أ] في صبغ إنسان حتى انصبغ فليس [على القصار ولا]^(٨) على رب الثوب شيء من قيمة الصبغ . قال الصدر الشهيد : وهذا بخلاف ما حفظنا في المسائل الخلافية ، فالمحفوظ في الخلافية : أن صاحب الثوب يأخذ ثوبه ويضمن ما زاد الصبغ فيه ، إلا إذا أبى صاحب الثوب ، أخذ الثوب فحينئذ كان الجواب كما ذكر الناطفي ، وذكر القدوري : في باب الثوب يصبغه الغاصب على نحو ما ذكره الصدر الشهيد^(٩) .

(١) في (ب) « بحاله » .

(٢) في (د) « أخرجه » .

(٣) في (ب) « فادبحر » .

(٤) في (ب) « صدر » .

(٥) عيون المسائل (٢ / ٣٦٩) ، واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٣) ، وفتاوى قاضيخان (٣ /

٢٤٢) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « وفي الواقعات » .

(٧) في (جـ) « فجاء » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٤) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤١) ، وتحفة

الفقهاء (٣ / ٩٤) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦١) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٢) ، و ٣ /

٢٤٥) .

الفصل السادس

في استرداد [المَغضوب منه من الغاصب] ^(١)

وما يمنع من ذلك ، وفيما يبرأ الغاصب به من الضمان وما لا يبرأ ^(٢) .

قال الكرخي : إذا أحدث المَغضوب منه في الغضب حدثاً يصير به غاصباً إن ^(٣) لو وقع في ملك الغير صار مسترداً [للغضب] ^(٤) و يبرأ ^(٥) الغاصب [به] ^(٦) عن ضمان ^(٧) الغضب ^(٨) إثبات اليد على المحل ، فإذا أحدث حدثاً يصير به غاصباً فقد أثبت يده على المَغضوب ، وثبتت يد المالك توجب سقوط ^(٩) الضمان عن الغاصب ، وسواء عرف ذلك أو لم يعرف ؛ لأن الحكم يبتني على السبب دون العلم ، ولا يكون الغاصب غاصباً بالغضب الأول لهذا إلا أن يحدث غضباً مستقبلاً .

وكذلك لو أن الغاصب كسا ^(١٠) الثوب ربَّ الثوب فلبسه حتى تخرق ، وعرفه أو لم [يعرفه] ^(١١) . وكذلك إذا باعه صاحبه ^(١٢) أو وهبه له ولم يعرفه حتى ^(١٣) لبسه وتخرق .

(١) مابين المعقوفين في (أ) « المَغضوب منه في الغضب من الغاصب » والتصويب من باقي النسخ ، ومن فهرس كتاب الغضب المتقدم .

(٢) في (ب) « وما لا يبرأ » .

(٣) في (ج) « غاصباً لو وقع » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « للغاصب » ، والتصويب من (ج) .

(٥) في (ج) « و يبرأ » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) و (د) .

(٧) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٨) في (ج) « الغاصب » .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ج) ، و (د) « عرف » ، والتصويب من (ب) .

(١٠) سقط من (ب) .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) « يعرف » ، والتصويب من باقي النسخ .

وكذلك إذا غصب طعاما ثم أطعمه وعرفه أو لم يعرفه ، وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى ^(١) الغاصب وأكل ذلك الطعام ^(٢) بعينه وقد [عرفه] ^(٣) أو لم يعرفه برئ ^(٤) من الضمان ^(٥).

وإن كان الغاصب خبز الدقيق أو شوى اللحم ، ثم أطعمه لم يبرأ عن الضمان ؛ لأنه ما أثبت يده على المغصوب في هذه الصورة ؛ لأنه بالخبز والشئ خرج من أن يكون مغصوبا ^(٦) ، وصار ملكا للغاصب .

ثم ^(٧) قال : ولو أن المغصوب منه أجر العبد [من] ^(٨) الغاصب للخدمة أو الثوب لللبس برئ من ضمان العبد ، [حين] ^(٩) وجب عليه الأجر بالإجارة ؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان .

وقد قالوا : إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبنى له حائطا معلوما لا يسقط عنه الضمان حتى يبتدئ ^(١٠) البناء ^(١١) ؛ لأن الأجرة في هذه الصورة لا تجب ^(١٢) بالتخلية ؛

(١٢) في (ج) « من صاحبه » .

(١٣) سقط من (ب) .

(١) في (ب) ، و (ج) « بيت الغاصب » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (ب) « عرفة » .

(٤) في (ج) « به شيء » .

(٥) المبسوط (٩٩ / ١١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٥٠) .

(٦) في (ب) « معصوم » .

(٧) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) . .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « حتى » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(١٠) في (ج) « يبدأ » ، وفي (د) « يبتني » .

(١١) في (ج) « بالبناء » .

(١٢) في (ب) « لا يجب » .

وإنما تجب^(١) بالعمل ، وسقوط الضمان معلق بوجوب الأجر ، وأما^(٢) في الاستخدام فالأجر يجب بالتخلية^(٣) ، كما وقع عقد الإجارة يبرأ عن الضمان^(٤) .

ولو زوج الجارية المغصوبة [من]^(٥) الغاصب لم يبرأ من الضمان في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لأبي يوسف ، وهو فرع اختلافهم في المشتري إذا زوج الجارية المشتراة قبل القبض ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يصير قابضا لها ، وعلى قول أبي يوسف يصير قابضا لها^(٦) .

ولو كان المغصوب منه استأجر الغاصب [ليعلم المغصوب]^(٧) عملاً من الأعمال فذلك جائز ، وهو في يد الغاصب على ضمانه إن هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن^(٨) . وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب ؛ لأن الاستئجار على التعليم وغسل^(٩) الثوب لا يقتضي ثبوت اليد عليه ، فإنه يتصور وقوع العمل فيه مع كونه في يد المالك وداره فلا يبرأ من^(١٠) الضمان وإن كان [له]^(١١) الأجر^(١٢) في عمله ، وإنما

(١) في (ب) « يجب » .

(٢) في (ج) « فأما » .

(٣) في (أ) : « بالتخلية ، [وإنما يجب بالعمل وسقوط الضمان معلق] وما بين المعقوفين هنا سقط من باقي النسخ جميعاً ، فهذا يدل على زيادتها من الناسخ ؛ ولأعني لها هنا ؛ لذا لم أثبتها .

(٤) المبسوط (١٠٠ / ١١) ، و بدائع الصنائع (١٥٠ / ٧) ، و فتاوى قاضيه خان (٢٣٩ / ٣) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٦) بدائع الصنائع (١٥٠ / ٧) ، و الفتاوى الهندية (١٣٥ / ٥) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « ليعمل للمغصوب » ، والتصويب من (ج)

(هـ) ، يدل عليه سياق التعليل .

(٨) بدائع الصنائع (١٥٠ / ٧) ، و فتاوى قاضيه خان (٢٣٩ / ٣) .

(٩) في (ب) « وقيل » .

(١٠) في (أ) « عن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٢) في (ج) « أجر » .

يبطل عنه الضمان إذا صار عليه أجر^(١)؛ لأنه لا يتحمل أجر وضمان ، أمّا^(٢) أن يكون له الأجر وهو ضامن فهذا جائز، بخلاف استئجار^(٣) الدابة للركوب؛ لأن استيفاء منفعة الدابة لا يكون إلا بعد كونها^(٤) مسلماً^(٥) إليه ، فثبوت^(٦) يد الإجارة^(٧) استدعى^(٨) [انتفاء]^(٩) ضمان الغصب^(١٠).

وفي المنتقى : رجل خان رجلاً حنطة ثم دفعها بعينها إليه ، وقال : اطحنها لي ، فطحنها ، ثم علم أنها كانت حنطته^(١١) [برئ من الضمان]^(١٢) . وكذلك لو خان غزلاً ثم دفع ذلك الغزل بعينه^(١٣) إلى صاحب الغزل ، ثم قال : انسجه لي ، فنسجه ، ثم علم به . وكذلك إذا غصب من^(١٤) رجل دابة ومات صاحب الدابة ، ثم^(١٥) إن ابنه استعار منه دابة فأعارها إياه وعطبت^(١٦) تحته برئ من الضمان^(١٧) .

(١) في (ج) « الأجر » .

(٢) « أمّا » هنا بمعنى « لكن » .

(٣) في (ب) « الاستئجار » .

(٤) في (ج) « كونه » .

(٥) في (د) « مسلماً » .

(٦) في (ب) « فينوب » ، وفي (ج) غير واضحة .

(٧) في (ج) « بدل الإجارة » .

(٨) في (ج) « يستدعي » .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) « انتقاض » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) بدائع الصنائع (١٥٠ / ٧) ، والفتاوى الهندية (١٣٥ / ٥) .

(١١) في (ب) « حنطة » .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٣) سقط من (ب) .

(١٤) في (ب) « عن » .

(١٥) سقط من (ج) .

(١٦) في (ب) « عصب » .

(١٧) فتاوى قاضيخان (٢٤٧ / ٣) ، والفتاوى الهندية (١٣٥ / ٥) .

المعلّى في نوادره : عن أبي يوسف ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : [رجل]^(١) غصب من رجل ثوباً ، فأحرقه رجل في يده ثم أعطى المحرق الغاصب قيمة الثوب برئ ، وقال^(٢) أبو يوسف : ليس على المحرق أن يعطي الغاصب قيمته وإذا أعطى لا يبرأ^(٣) إلا إذا كان الإعطاء بقضاء القاضي ، ولا ينبغي للقاضي أن يجبره^(٤) على إعطاء القيمة إذا علم أن الطالب غاصب ؛ لكن يضعها على يدي رجل عدل حتى يحضر رب الثوب فيختار ضمان أيهما شاء .

قال أبو الفضل - رحمه الله - : هذا الجواب خلاف ما قال في الأصل .
غصب من آخر داراً ، ثم إن الغاصب استأجرها من المغصوب منه ، والدار ليست بحضرتها حين استأجرها ، ينظر إن كان هو ساكنها أو لم يكن هو ساكنها [٦ / ٣٠ / هـ] إلا أنه قادر على سكنها برئ من ضمانها لأنني أوجب الأجر عليه حينئذ^(٥) .
وفي الجامع في باب متصل بباب الطويل من البيوع : إذا أمر المالك الغاصب ببيع^(٦) المغصوب ، فقبل [البيع]^(٧) لا يخرج عن ضمان الغاصب ، وكذا بعد البيع قبل التسليم لا يخرج عن ضمان الغاصب ، حتى لو هلك قبل [٢ / ٤٤٧ / أ] البيع أو بعد^(٨) البيع قبل التسليم [بحكم البيع]^(٩) يهلك الغصب . وكذا المغصوب منه إذا باع بنفسه فقبل التسليم لا يخرج عن ضمان^(١٠) الغصب^(١١) . وكذلك المغصوب منه إذا أمر الغاصب أن

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٢) في (ج) « قال » .

(٣) في (ب) ؟ الإبراء » .

(٤) في (ج) « يجبر » .

(٥) الفتاوى البزازية (٦ / ١٨٦) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٣٤) .

(٦) في (ب) « يتبع » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) « المبيع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) في (ب) « وبعد » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(١٠) في (أ) « لا يخرج عن ضمان [الغاصب ، وكذا بعد البيع قبل التسليم لا يخرج عن =

يضحي بالشاة^(١)، فَقَبِلَ أَنْ يَضْحِي بِهَا لَا يَخْرُجُ عَنْ ضَمَانِهِ . نص عليه شمس الأئمة السرخسي في أول شرح كتاب العارية^(٢) .

إذا رد^(٣) المَغْصُوبَ عَلَى المَغْصُوبِ مِنْهُ فَجَوَابُ الْكِتَابِ: أَنَّهُ يَبْرَأُ^(٤) مطلقاً .

قال الشيخ الإمام الأجل^(٥) شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في كتاب الإقرار: والمسألة في الأصل^(٦) على وجوه: إِنْ كَانَ الْمَأْخُوذُ مِنْهُ كَبِيرًا بِالْغَا فَالْجَوَابُ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا ؛ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ فَكَذَلِكَ ، [وإن كان محجوراً]^(٧)؛ إِنْ كَانَ صَبِيًّا^(٨) لَا يَعْقِلُ الْقَبْضَ وَالْحِفْظَ لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ إِذَا رَدَّهُ عَلَيْهِ بَعْدَ مَا أَخَذَهُ مِنْهُ، [وتحوّل منه]^(٩)، وَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَتَحَوَّلَ عَنْ مَكَانِ الْأَخْذِ يَبْرَأُ اسْتِحْسَانًا . وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا^(١٠) أخذ [٢/ ٥٧٤ ج] لقطه وردها إلى مكانها ، [إِنْ]^(١١) ردها^(١٢) بعد ما تحول لا يبرأ، وَإِنْ رَدَّ قَبْلَ التَّحَوُّلِ بَرَأَ اسْتِحْسَانًا . وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا

= ضمان الغاصب حتى لو هلك قبل البيع أو بعد البيع قبل التسليم يهلك الغصب ، وكذا المَغْصُوبُ مِنْهُ إِذَا بَاعَ بِنَفْسِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَخْرُجُ عَنْ ضَمَانِ « مَا بَيْنَ الْمُعْطِفَيْنِ تَكَرَّرَ بَيْنَ ، وَقَدْ سَقَطَ مِنْ بَاقِي النَّسَخِ . فَلَمْ أَثْبِتْهُ .

(١١) فِي (ج) « الْغَاصِبُ » .

(١٢) فِي (ج) « الشَّاةُ » .

(٢) الْجَامِعُ الصَّغِيرُ ص (٢٤٠) ، وَالْمَبْسُوطُ (١١ / ١٣٥) .

(٣) فِي (ب) ، وَ (ج) « إِذَا رَدَّ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ » .

(٤) فِي (ب) « يَبْرَأُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ (ج) .

(٦) فِي (ب) ، وَ (ج) ، وَ (د) « الْحَاصِلُ » .

(٧) مَا بَيْنَ الْمُعْطِفَيْنِ سَقَطَ مِنْ (ب) .

(٨) فِي (ب) « وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا » .

(٩) مَا بَيْنَ الْمُعْطِفَيْنِ سَقَطَ مِنْ (أ) ، وَ (ب) ، وَ (د) ، وَالتَّصْوِيبُ مِنْ (ج) .

(١٠) سَقَطَ مِنْ (ب) .

(١١) مَا بَيْنَ الْمُعْطِفَيْنِ سَقَطَ مِنْ (أ) ، وَ (د) ، وَالتَّصْوِيبُ مِنْ (ب) ، وَ (ج) .

(١٢) فِي (ب) ، وَ (ج) « إِنْ رَدَّ بَعْدَ » .

يعقل القبض^(١) والحفظ ، ففيه اختلاف المشايخ .

وفي فتاوى الفضلي : أنه يبرأ عن الضمان إذا كان الصبي يعقل الأخذ والإعطاء ، من غير ذكر الخلاف^(٢) ، وإن كان لا يعقل^(٣) الأخذ والإعطاء لا يبرأ من غير تفصيل^(٤) .

وفيه أيضاً : إن كان المَغْصُوب دراهم ، وقد استهلكها الغاصب ، ثم رد مثل ذلك على الصبي وهو يعقل يبرأ إذا كان مأذونا ، وإن كان محجوراً عليه لا يبرأ^(٥) .

وذكر في آخر كتاب اللقطة : إذا نزع الخاتم من أصبع نائم ، ثم أعاده [إلى أصبعه]^(٦) قبل أن ينتبه من تلك النومة برئ ، وإن أعاد إلى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام لا يبرأ .

وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف^(٧) : أخذ من نائم نعله أو خاتماً كان في أصبعه ثم أعاده في^(٨) مكانه وهو نائم ، قال أبو يوسف : إن لم يستيقظ^(٩) حتى رده برئ ، وإن استيقظ ، ثم نام ، ثم رده ، ثم ضاع ضمن إذا لم ينتبه بعد ذلك .

وقال محمد : إن أعاده في مجلسه ذلك^(١٠) استحسَن أن يبرأ عن الضمان سواء

(١) في (ب) « القرض » .

(٢) في (ج) « خلاف » .

(٣) في (ب) « وإن كان يعقل » .

(٤) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٢) ، وفتاوى قاضيه خان (٢٤٤/٣) ، وفتاوى البزازية

(١٨٩/٦) .

(٥) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٢) ، وفتاوى قاضيه خان (٢٤٤/٣) ، وفتاوى الهندية

(١٣٥/٥) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) المراد به كتاب اختلاف زفر ويعقوب ، فقد قال السرخسي في المبسوط قبل مسألة الخاتم : « نظائر

هذه المسألة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب (١٣/١١) .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « إلى » .

(٩) في (ج) « يسقط » .

(١٠) في (د) « في المجلس » ، وصحح في الهامش إلى : مجلسه ذلك .

رده^(١) في تلك النومة أو نومة أخرى وإلا ضمنه . وكذلك إذا رده إلى أصبع أخرى^(٢) .
إذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته ثم نزعه ثم أعاده إلى مكانه [لا يبرأ عن
الضمان . قال مشايخنا: وهذا إذا لبس كما يلبس الثوب عادة^(٣) . وأما^(٤) إذا كان
قميصاً فوضعه على عاتقه ثم أعاده إلى مكانه]^(٥) فلا ضمان ؛ لأن هذا حفظ وليس
باستعمال ، في آخر كتاب اللقطة .

وفي المنتقى : ابن سماعة عن محمد : في رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير^(٦) أمره
فلبسه ثم رده إلى بيته فوضعه فيه فهل لك لم يضمنه^(٧) استحساناً^(٨) .

وكذلك لو أخذ دابة غيره من [آريه]^(٩) بغير أمره، ثم ردها إلى موضعها
فذهبت^(١٠)، فلا ضمان استحساناً . وإن أخذ الدابة من يد المالك غصباً ثم ردها فلم
يجد صاحبها ولا خادمه فربطها [٢ / ٤٨ / ب] في دار صاحبها على معلفها^(١١) فهو

(١) في (ب) « رد » .

(٢) عيون المسائل (٢ / ٢٢٩) ، والمبسوط (١١ / ١٣) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٩) .

(٣) في (د) « ثم عاده » .

(٤) في (ب) « فاما » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (ب) « لغير » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « لم يضمن » .

(٨) الفتاوى البرازية (٦ / ١٨٤) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٣٦) .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) بياض ، وفي (ب) « بإذنه » . ، والتصويب من باقي النسخ

(ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(١٠) في (د) « فذهب » .

(١١) المعلف بكسر الميم، وفي القاموس: بفتحها كمقعد، موضع العلف، وهو مأكله الماشية والدواب

، والجمع علف .

المغرب ص (٣٢٥) ، والمصباح المنير (٢ / ٤٢٥) ، ولسان العرب (٩ / ٢٥٥) ، والقاموس

المحيط ص (١٠٨٤) .

ضامن، نص عليه شمس الأئمة في شرح كتاب العارية^(١).

وفي^(٢) المتتقى: الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أخذ شيئاً من دار رجل بغير علمه ثم رده بعد أيام إلى ذلك الموضع لا يبرأ عن الضمان ما لم يرده على صاحبه . وفيه أيضاً^(٣): ابن سماعة عن محمد: في رجل أخذ من كيس رجل خمسمائة درهم، وقد كان في الكيس ألف درهم فذهب ثم ردها بعد أيام ووضعها في الكيس الذي أخذها منه، فإنه يضمن الخمسمائة التي^(٤) كان أخذها ولا يبرأ منها بردها إلى الكيس^(٥).

في فتاوى أبي الليث: غصب من رجل ثوباً، وجاء به إلى المغصوب منه ووضع في حجره، والمغصوب منه يعلم بالوضع إلا أنه لا يعلم أنه ثوبه فجاء إنسان وحمله من حجر المغصوب [منه]^(٦)، قال: أخاف أن لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه يقع عند المغصوب منه^(٧) أنه وديعة ولا يعلم ثوبه^(٨) ليبالغ في الحفظ^(٩).

في هذا الموضع أيضاً: غصب من آخر سفينة، فلما ركبها وبلغ وسط البحر لحقه صاحبها، فليس له أن يستردها^(١٠) من الغاصب لكن يؤاجرهما من ذلك الموضع إلى الشط^(١١) مراعاة للجانبين. وكذلك لو غصب دابة، ولحقها صاحبها في المفازة^(١٢) في

(١) المبسوط (١٤/١١)، و١١٠/١٤٤، والفتاوى البزازية (٦/١٨٤).

(٢) في (ب) «في».

(٣) سقط من (ب).

(٤) سقط من (ب).

(٥) فتاوى قاضيان (٢٣٩/٣)، والفتاوى الهندية (٥/١٣٦).

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ)، والتصويب من باقي النسخ.

(٧) سقط من (ج).

(٨) في (ب)، و(ج) «ليعلم أنه ثوبه».

(٩) فتاوى أبي الليث، اللوحة رقم (٢١٣)، وفتاوى قاضيان (٣/٢٤٤).

(١٠) في (ب) «يردها».

(١١) في (ب) «الشرط».

موضع المهلكة لا يستردها^(١) ولكن يؤجرها إياه^(٢) لما قلنا^(٣).

وإذا كُفِّن الميت في ثوب غصب ودُفِن وأهيل التراب عليه، فإن كان للميت تركة أخذ القيمة من تركته ولا ينبش الميت . وكذا إذا لم يكن للميت تركة ولكن تبرع إنسان بأداء القيمة أخذ المالك القيمة من المتبرع ولا ينبش القبر . وإن لم يكن شيء^(٤) من ذلك، فصاحب الكفن بالخيار إن شاء تركه لآخرته وهو أفضل ، وإن شاء نبش القبر وأخذ الكفن [قيل : هذا إذا كفن من غير خياطة]^(٥) . فإن نبش القبر وأخذ الكفن فوجده قد انتقص ، فله أن يضمّن [٣ / ٢٦٧ / د] [٦ / ٣١ / هـ] الذين^(٦) كفنوه ودفنوه ؛ لأنهم صاروا غاصبين^(٧) .

غصب من آخر دابة أو ثوبا أو دراهم ، [٢ / ٤٤٨ / أ] وهي قائمة بعينها ، فأبرأه المغصوب [منه]^(٨) منها صح الإبراء ويكون [العين أمانة في يده ، وكذا لو قال : حللته من الغصب وإن كان المغصوب مستهلكاً برئ من ضمان القيمة ويكون إبراء عن ضمانها]^(٩) إبراء عن ضمانها . في عيون المسائل^(١٠) .

= والشطّ : جانب النهر وجانب الوادي ، والجمع شطوط وشطآن بضمهما ، وجانب السّنام .

المصباح المنير (٣١٣ / ١) ، ولسان العرب (٣٣٥ / ٧) ، والقاموس المحيط ص (٨٧٠) .

(١٢) المفازة : الموضع المهلك مأخوذة من : فوز بالتشديد إذا مات ؛ لأنها مَظِنَّة الموت ، وقيل : من ؛ فاز ، إذا تجاوز وسلم ، سميت به تفاؤلاً بالسلامة .

المصباح المنير (٤٨٣ / ٢) ، ولسان العرب (٣٩٢ / ٥) ، والقاموس المحيط ص (٦٦٩) .

(١) في (ب) « لا يردّها » ، وفي (جـ) « فليس له أن يسترها » .

(٢) في (جـ) « منه » .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٠) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤٢ / ٣) .

(٤) في (ب) « مثل » ، وصح في الهامش إلى : شيء .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (جـ) .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « الذي » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤١ / ٣) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (جـ) .

وفي فتاوى النسفي: غصب [من آخر ساجة (وأدخلها) ^(١) في بنائه ^(٢)، أو غصب ^(٣)] من آخر تالة ^(٤) وغرسها في أرضه، وكبرت حتى انقطع حق المالك، ثم إن المالك قال للغاصب: وهبت لك ^(٥) الساجة والتالة صح، وهذا إبراء عن الضمان في الحاصل ^(٦) ^(٧).

إذا هشم إبريق فضة إنسان، فجاء آخر وهشم ^(٨) هشما، برئ الأول عن ضمانه ^(٩)، والثاني ضامن ^(١٠)، وإنما برئ الأول لأن صاحب الإبريق لا يمكنه ^(١١) أن يرد ^(١٢) الإبريق على الأول على الحالة التي ^(١٣) هشم ^(١٤).

قال الفقيه أبو الليث: وكذا روي عن محمد بن الحسن: في رجل صب ماء على

(١٠) عيون المسائل (٢ / ٢٣٠)، وفتاوى قاضخان (٣ / ٢٤٤).

(١) مابين القوسين في (أ) « وأخرجها »، والتصويب من باقي النسخ . (ج) ، و (د) ، و (هـ)

(٢) في (ج) « ثيابه » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) التالة: هي الفسيلة، وهي مايغرس، و« التال » ما تقطع من الأمهات أو يقطع من الأرض من صغار النخل فتغرس، الواحدة: تالة، وقوله: التالة للأشجار، كالبذر للخارج منه، يعني أن الأشجار تحصل من التالة؛ لأنها غرس فتعظم فيصير نخلاً كما أن الزرع يحصل من البذر .

طلبة الظلية ٢٠٠، المغرب ص (٦٣)، والمعجم الوسيط (٩٠ / ١)

(٥) سقط من (ب)، وفي (ج) « منك » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) فتاوى أبي الليث، اللوحة رقم (٢١٣)، وفتاوى الهندية (٥ / ١٣٧).

(٨) في (ج) « وهشمه » .

(٩) في (ج) « الضمان » .

(١٠) في (ب) زيادة: « وإنما برئ الأول عن ضمانه والثاني ضامن » . وهو تكرار .

(١١) في (ج) « لا يمكن » .

(١٢) في (ب) « أن يرد إلا برء » .

(١٣) في (ج) « الذي » .

(١٤) في (ب) « هشيم »، وفي (ج) « هشمه » .

حنطة رجل ؛ فجاء آخر^(١) وصب ماء آخر وزاده نقصانا ، فالأول يبرأ من الضمان وعلى^(٢) الثاني قيمتها يوم صب عليها الثاني^(٣) .
وفي صرف الأصل : إذا كسر إناء فضة رجل^(٤) ، واستهلكها^(٥) صاحبه قبل أن يعطيه إياه ، فلا شيء على الكاسر ، فإن^(٦) شرط التضمن تسليم المكسور إليه^(٧) ، وقد فوت ذلك^(٨) بالاستهلاك^(٩) ، [والله أعلم]^(١٠) .

(١) في (ج) « فجاء رجل آخر » .

(٢) في (ج) « فالأول يبرأ ، والضمان على الثاني » .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٦٦) ، وفتاوى قاضيه خان (٢٤٠ / ٣) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « لرجل » .

(٥) في (ب) « واستهلك » ، وفي (ج) « واستهلكه » .

(٦) في (ج) « لأن » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ج) « وقد فوته » .

(٩) الفتاوى الهندية (١٣٧ / ٥) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، و (د)

الفصل السابع

في التسبيب [إلى] ^(١) الإلتلاف .

قال محمد في كتاب اللقطة : إذا حل دابة مربوطة لرجل ولم يذهب [بها] ^(٢) فذهبت الدابة [فلا ضمان على الذي حلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، سواء ذهبت الدابة] ^(٣) على الفور أو بعد ذلك بزمان وعلى قول محمد يجب الضمان . وكذلك إذا فتح باب دار إنسان وفي الدار دواب فذهبت [الدواب] ^(٤) . وكذلك إذا فتح باب قفص إنسان فطار الطير الذي فيه .

وروي عن محمد في رواية أخرى : أنه إذا ذهبت [الدابة] ^(٥) على الفور أو طار الطير على الفور أنه ضامن ، وإن ^(٦) ذهبت [الدابة] ^(٧) وطار الطير [بعد زمان] ^(٨) لا على الفور فلا ضمان وإنما لم يجب الضمان عندهما ؛ لأن الطائر في [الطيران] ^(٩) مختار وتركه منه مقصود ^(١٠) فلا يحال بالتلف على الفاعح ؛ كما لو حل ^(١١) قيد عبد إنسان حتى ذهب العبد . ومحمد يقول في فصل العبد : العبد له اختيار معتبر شرعا حتى لو لم يكن كذلك بأن كان العبد مجنوناً ذاهب العقل فهو والدابة سواء . وعن محمد أيضا : لو كان

(١) مابين المعقوفين في (أ) و(د) «في» والتصويب من (ب) و(ج) و(هـ) ، وهو الموافق لما في فهرس كتاب الغصب المتقدم .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) «فيها» ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ج) «وإذا» .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و(ب) ، و(ج) ، والتصويب من (د) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و(ج) .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و(ب) ، و(د) ، «الطيران» ، والتصويب من (ج) .

(١٠) في (ب) «مقصود» ، وفي (ج) «متصور» .

(١١) في (ب) «الفاعل كالرجل» .

العبد المجنون مقيدا في بيت مغلق فحل إنسان قيده ، وفتح^(١) الآخر الباب^(٢) فالضمان^(٣) على الفاتح لاعلى الحال . قال الفقيه أبو الليث : وقد ذكر محمد في المبسوط أنه لا ضمان في ذلك كله ولم يذكر فيه اختلافا^(٤) .

ولو حل^(٥) رباط الزيت فسال الزيت^(٦) ، إذا كان الزيت سائلا فهو ضامن ؛ لأن الفاتح هو المسيل بحل الرباط ؛ لأن طبعه كذلك لا يتصور خلافه . ولو كان جامدا وذاب بالشمس^(٨) وسال لم يضمن ؛ لأنه ليس بمسيل ؛ لأن السيلا من طبع المائع ، وإنما صار مائعا من فعل غيره^(٩) .

وذكر في واقعات الناطفي : فيمن جاء إلى^(١٠) سفينة مشدودة فحلها وذلك يوم ريح شديد فغرقت السفينة ؛ فهذا على وجهين : إما إن ثبتت بعد الحل ساعة [أو أقل]^(١١) قليل الأوقات ثم سارت وغرقت ، أو كما^(١٢) انحلت لم تقف ، وسارت ، وغرقت ، ففي [الوجه]^(١٣) الأول لم يضمن ، وفي الوجه الثاني ضمن^(١٤) .

(١) في (ب) « وقع » .

(٢) في (ب) « القاب » .

(٣) في (ب) « في الضمان » وفي (ج) « والضمان » .

(٤) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم (٥٣٣) ، وعبون المسائل (٢ / ٢٣٢) ، والمبسوط (١٤ / ١١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٦) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٦) .

(٥) في (ب) « جعل » .

(٦) في (ب) تكررت الكلمتان : « فسال الزيت » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « إن » .

(٨) في (ج) « الشمس » .

(٩) الأصل لمحمد ، اللوحة رقم (٥٣٣) ، وعبون المسائل (٢ / ٢٣٢) ، والمبسوط (١٥ / ١١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٦) ، و فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٧) .

(١٠) في (ب) « جاءني أتى » .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٢) كذا في جميع النسخ ، ولعلها بمعنى : لما .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

وفي المنتقى : إذا كانت الدابة في مرتبط جاء^(١) إنسان وفتح الباب وذهبت الدابة ، قال محمد - رحمه الله - : هو ضامن لها ، فإن كانت مشدودة والباب مغلق فجاء إنسان فحلها^(٢) وجاء آخر وفتح الباب وذهب^(٣) ؛ فالضمان على الذي فتح الباب . وكذلك الغنم^(٤) .

نقب حائط إنسان بغير إذن صاحب الحائط ثم غاب الناقب فدخل سارق من ذلك وسرق شيئاً يجب أن لا يضمن الناقب ؛ لأن الناقب السبب والسارق مباشر ، وصار كما لو فتح باب القفص وطار الطير . ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق ، والفتوى في الناقب أنه لا يضمن . مذكور^(٥) في فتاوى سمرقنديان^(٦) .

نظر في دهن دَن^(٧) دهن مائع لغيره فوق قطرة الدم^(٨) من أنفه في الدن وتنجس الدن صار ضامناً إذا كان النظر بغير إذن المالك ، ثم ماذا يضمن^(٩) ؟ ؛ إن كان الدهن مأكولاً يضمن مثل ذلك قدراً أو وزناً لأن الدهن الذي^(١٠) هو مأكول فالمقصود الأصلي

(١٤) في (ج) ، و (د) « يضمن » .

(١) في (د) « فجاء » .

(٢) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « وحلها » .

(٣) في (ج) ، و (د) « ذهبت » .

(٤) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٢) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤١) ، والمبسوط

(١١ / ١٤) ، و فتاوى قاضيخان (٢٤٦ / ٣) .

(٥) في (ج) ، و (د) « مذكورة » .

(٦) في (ج) « سمرقند » .

(٧) الدَّن : بفتح الدال وتشديدها ، وعاء ضخم كههيئة الحُبّ وهو الجرة إلا أنه أطول منه وأوسع رأساً والجمع دنان مثل سَهْم وسهام .

المصباح المنير (٢٠١ / ١) ، ولسان العرب (١٥٩ / ١٣) ، والقاموس المحيط ص (١٥٤٥) ، والمعجم الوسيط (٢٩٩ / ١) .

(٨) سقط من (ب) ، وفي (ج) « دم » .

(٩) في (ب) « ثم ماتضمن » ، وفي (ج) « ثم ماري تضمن » .

(١٠) سقط من (ب) .

منه^(١) الأكل ، وقد فات ذلك وكان^(٢) إلتافاً له ، ألا ترى أن من قطع يد دابة هي غير مأكول اللحم أو رجلها ضمن قيمتها لفوات المنفعة المطلوبة منها من حيث الركوب واللحم . وإن كان الدهن غير مأكول يضمن النقصان^(٣) .

إذا وقف^(٤) دابة في سوق الدواب فرمحت^(٥) فلا ضمان على صاحبها : لأن الوالي قد أذن للناس في وقف^(٦) دوابهم في ذلك الموضع . وكل ما كان بإذن الإمام في موضع جاز له الإذن فهو يباح^(٧) مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة . وكذلك لو كانت سفن^(٨) واقفة على الشط جاءت سفينة وأصابها هذه الواقعة فانكسرت الواقعة كان الضمان على الجائية . وإن انكسرت^(٩) الجائية فلا ضمان على الواقعة ؛ لأن الإمام قد أذن لأصحاب السفن [بوقف السفن]^(١٠) على الشط^(١١) .

وفي فتاوى النسفي : طحان خرج بالليل من الطاحونة ينظر إلى مسيل^(١٢) الماء حين قل الماء ، فدخل السارق و[سرق]^(١٣) أحمال الناس ، فالطحان ضامن [إن بُعد عن الباب

(١) في (ب) « به منه » .

(٢) في (ج) « فكان » .

(٣) البحر الرائق (١٣٢ / ٨) .

(٤) في (ج) « أوقف » .

(٥) رمحت أي : رفست ، من : رَمَحَ ذو الحافر رَمْحاً : إذا ضرب برجله .

المصباح المنير (٢٣٨ / ١) ، والقاموس المحيط (٢٨١) .

(٦) في (ج) « إيقاف » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « مباح » .

(٨) في (د) « سفينة » .

(٩) في (ج) « وإن كسرت » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) فتاوى قاضيخان (٢٥٣ / ٣) .

(١٢) في (ج) « مثل » .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

بَعْدُ يُعَدُّ بِهِ مُضِيعاً ^(١) .

وفي الحاوي : إذا غصب ^(٢) عجولاً ^(٣) واستهلكه حتى يبس لبن أمه يضمن ^(٤) قيمة [٢/٤٤٩/١] العجول وما نقص من البقرة ^(٥) .

إذا سعى إلى السلطان بغير ذنب أصلاً فهو ضامن . وذكر القاضي الإمام شيخ الإسلام في [آخر] ^(٦) شرح اللقطة : أن السعاية على ثلاثة أوجه : أحدها أن يكون بحق ^(٧) ؛ بأن يكون يؤذيه ^(٨) ولا يمكنه دفعه عن نفسه إلا بالرفع إلى السلطان وفي هذا الوجه لا ضمان . وحكي عن القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندی : أن المضروب إذا اشتكى إلى السلطان [حتى أخذ السلطان] ^(٩) مالا من الضارب أنه لا ضمان عليه ، وكذلك ^(١٠) إذا كان يفسق ولا يمتنع عنه بالأمر بالمعروف فرفع إلى السلطان [٦/٣٢ هـ] فأخذ ^(١١) السلطان منه مالا فلا ضمان عليه .

الوجه الثاني : أن يقول للسلطان : إن فلانا وجد كنزاً في داره أو قدر [غطارف] ^(١٢) ،

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « إن قعد على الباب بعداً يعد منه مضيعاً » . ، والتصويب من

باقي النسخ ، وفي (ب) « بعد أن يعد » ، وهو خطأ إملائي بين .

(٢) في (ب) « عجب » ، وقد صحح في الهامش إلى : « غصب » .

(٣) العجول : جمع عجل . وهو ولد البقرة مادام له شهر ، وبعده ينتقل عنه الاسم ، والأنثى عجلة .

المغرب ص (٣٠٤) ، والمصباح المنير (١/٣٩٤) ، ولسان العرب (١٣٣١) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « تضمن » .

(٥) فتاوى قاضيخان (٣/٢٣٥) ، والفتاوى البزازية (٦/١٨٨) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٧) في (د) « أن تكون لحق » .

(٨) في (ب) « مؤذيه » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « وكذا » .

(١١) في (ج) « وأخذ » .

(١٢) ما بين المعقوفين في جميع النسخ بالعين المهملة ، والصواب ما أثبت ، والمراد جمع غطريف ، وهو

السيد الكريم السخي الكثير الخير . =

فإن كان السلطان يغرم الناس جزافاً لا محالة فهو ضامن ، وإن كان قد يغرم الناس جزافاً وقد لا يغرم الناس^(١) فلا ضمان .

الوجه الثالث : أن تكون^(٢) السعاية بغير حق ، وفي هذا الوجه لا ضمان على الساعي في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف ، خلافاً لمحمد وجعل هذه المسألة فرع مسألة فتح باب القفص . قال رحمه الله : والفتوى على قول محمد في زماننا لكثرة السعاة زجراً لهم صيانة لأموال الناس . وذكر في فتاوى النسفي : أنه سئل عن السعاية بغير ذنب ، قال : روي عن زفر أنه ضامن ، قال : وبه أخذ كثير من مشايخنا .

وفيه أيضاً : العبد إذا سعى على^(٣) غيره بغير ذنب إلى السلطان حتى أخذ منه مالاً أن العبد ضامن ، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق ؛ لأن^(٤) هذا ضمان قول^(٥) .

إذا رش الماء في الطريق ، فجاء حمار فزلق^(٦) به [وعطب]^(٧) ، ذكر في فتاوى أبي الليث : أن عليه الضمان . ولم يذكر ما إذا زلق^(٨) به إنسان وعطب . وذكر محمد في ديات الأصل أن على عاقلته الضمان من غير تفصيل^(٩) . وذكر الشيخ الإمام الأجل^(١٠) شيخ الإسلام تأويل المشايخ ، وأحسن التأويل : إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد المار

= لسان العرب (٩/٢٧٠) ، والمعجم الوسيط (٢/٦٥٥) .

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « يكون » .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) في (ج) زيادة هي : « لأن العبد ضامن العبد ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق ؛ لأن هذا الضمان القول » . وهي تكرار بين .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) ، واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٣٧) وفتاوى قاضيخان (٣/٢٤٠) .

(٦) في (ب) « وزلت » . وفي (ج) « وزلق » .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « أو عطب » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) في (ب) « زلت » .

(٩) في (ج) « فصل » .

(١٠) سقط من (ج) .

موضعا يابساً يمر عليه ، ففي هذا الوجه ، الراش ضامن ، وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق إن أخذت^(١) الطريق كلها فمر عليها^(٢) وعثر ومات فالواضع ضامن .

وأما إذا رش بعض الطريق فمر إنسان على الموضع الذي رش ؛ إن لم يعلم بذلك ؛ بأن كان ليلاً [وعثر]^(٣) ومات من ذلك وجب على الراش الضمان^(٤) ، وإن علم^(٥) بذلك ومَرَّع ذلك على موضع الرش^(٦) فلا ضمان على الراش . وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق إذا أخذت^(٧) بعض الطريق فمر عليها إنسان متعمدا . وإلى هذا أشار محمد في مسألة حفر البئر وصورتها : إذا حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان ووثب من أحد جانبي البئر [إلى الآخر]^(٨) - خاطر بذلك - فوقع في البئر ومات فلا ضمان على الحافر .

وأما إذا أمر غيره بالرش ، إن أمره بالرش على فناء الدكان ، يعني : دكان الأمر ، فالأمر ضامن ولا ضمان على الراش ، وإن كان بخلافه فالراش ضامن ، والحارس إذا رش هو يضمن كيف ما كان ، وإذا رش الماء في الطريق وجاء رجل بحمارين فتقدم^(٩) صاحب [الحمارين]^(١٠) إلى أحدهما يقوده فتبعه الحمار الآخر^(١١) فزلق فانكسر رجله ، فإن كان

(١) في (ب) « أخذ » . وفي (ج) « أحدث » .

(٢) في (ب) « عليه » .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) « أوعثر » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ب) ، و (ج) : « وجب الضمان على الراش » .

(٥) في (د) « وإن لم يعلم » .

(٦) في (ب) « وإن علم بذلك ومَرَّع على موضع الرش » . وفي (ج) « وإن علمه بذلك ومع ذلك مَرَّع على الموضع الرش » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « أحدث » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ب) « وأشار إلى الآخر » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (د) « فتقد » .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، « الحمار » ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

صاحب [الحمارين]^(١) سائقا لهما [فلا ضمان ٣/ ٢٦٨/ د] على الراش (لأن التلف بحال منه على سوقه)^(٢) ، وإن لم يكن سائقا لهما [^(٣) فالراش ضامن^(٤) ٢/ ٥٧٥ / جـ] .

إذا ربط حماراً^(٥) على موضع ، فجاء آخر وربط حماره على ذلك الموضع أيضا ، فعقر^(٦) أحد الحمارين الآخر ، فإن ربطا في^(٧) موضع كان لهما^(٨) ولاية الربط [بأن لم يكن ذلك الموضع طريقا ولا ملكا لأحد فلا ضمان (لأن الربط على هذا الموضع ليس بجناية)^(٩) وإن ربطا في موضع ليس لهما ولاية الربط]^(١٠) يجب الضمان على صاحب الحمار [العاص]^(١١) ؛ لأن ربطه على هذا الموضع جناية^(١٢) منه فما تولد^(١٣) منه يكون مضموناً .

(١١) في (ب) « للآخر » .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « الحمار » ، وما أثبت من (ج) ، وهو الصواب بدليل السياق .

(٢) ما بين القوسين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) الجامع الصغير ص (٤٢٢) ، وفتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، وواقعات الناطفي

اللوحة رقم (١١٧) ، والمبسوط ٧/ ٢٧ ، و ١٦/ ٢٧ ، وفتاوى قاضيخان (٢٢٢/ ٣) .

(٥) في (ج) « حماراً علق على » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « فغض » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ب) « موضع كالهـا » .

(٩) ما بين القوسين زيادة من (ج) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (ج) ، و (د) ، وفي (ب) تكرر لفظ الحمار

والتصويب من (هـ) .

(١٢) في (ب) « جنا » .

(١٣) في (ب) « يولد » .

في غصب فتاوى أبي الليث : زعم بعض مشايخنا أن هذه المسألة مؤولة في طرق الضمان وتأويلها^(١) : إذا عض حمار الرجل الثاني [حمار الرجل] ^(٢) الأول . وأما إذا عض حمار الأول حمار الثاني فلا ضمان على الأول ؛ لأن فعل الثاني تسبب إلى التلف أما فعل الأول فليس ^(٣) بسبب ^(٤) ، وليس الأمر كما ظنوا ، بل المسألة مجرأة على إطلاقها ، والضمن واجب على صاحب ، العاض [أيهما ما كان] ^(٥) ^(٦) .

إذا شق راوية^(٧) رجل^(٨) فهو ضامن لما شق من الراوية ولما^(٩) سال منها ولما عطب بما سال منها ما لم يسقها صاحبها ، فإن ساقها صاحبها وهو يعلم بذلك ضمن صاحبها ما عطب بما سال منها بعد سوقه إياها ، ولا يضمن [الشاق ذلك ، وكذلك لا يضمن] ^(١٠) الشاق ما سال منها بعد سوقه ^(١١) ؛ إذا كان الشق بحال يمكن لصاحبها دفع ذلك ، [فأما إذا كان بحال لا يمكنه دفع ذلك] ^(١٢) فإن ^(١٣) الضمان على الشاق .

(١) في (ب) « تأويلها » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ج) « ليس » .

(٤) في (ب) « ينسب » .

(٥) في (ج) « أيها كان » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٨) ، وواقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٦) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٣٦) وفتاوى قاضيخان (٢٤٩ / ٣) .

(٧) الراوية هي : المزادة فيها الماء ، والجمع روايا . المصباح المنير (٢٤٦ / ١) ، والقاموس المحيط ص (١٦٦٥) والمعجم الوسيط (٣٨٥ / ١) .

(٨) في (ج) « الرجل » .

(٩) في (ب) « الراوية لما سال » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ج) تكررت عبارة : « ولا يضمن الشاق ، ذلك وكذلك لا يضمن الشاق ما سال منها بعد سوقها إياها » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٣) في (ب) « بأن » .

وكذلك إذا شق راوية رجل وسال ما فيها حتى مال الجانب الآخر ووقع وتخرق وسال ما في الرُّق الآخر كان الضمان على [الشاق]^(١) إلا إذا ساقها رب الدابة مع العلم بالشق فحينئذ^(٢) لا ضمان على الشاق . ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة على هذا الترتيب في آخر شرح الإجازات [٢ / ٤٩ / ب] .

وإذا ساق حمارا عليه وقر^(٣) حطب وكان^(٤) ثمة رجل واقف في الطريق أو يسير فقال السائق بالفارسية : « برت برت »^(٥) أو قال : « كوشت كوشت »^(٦) ، ولم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب وخرق ثوبه أو سمع إلا أنه [٢ / ٤٥٠ / أ] لم يتهيأ له أنه يتنحى عن الطريق لضيق المدة ضمن السائق ثوبه ؛ لأن التخرق مضاف إلى سوقه . والمرور في الطريق وحمل الحطب يباح له بشرط السلامة .

وإن سمع وتهيأ له [التنحي عن الطريق فلم يتنح فلا ضمان ، ذكر المسألة في فتاوى أهل سمرقند ، ولم يذكر ما إذا كان الحمار يمشي والرجل يأتي أمامه وضرب]^(٧) عليه الحطب وتخرق ثوبه والجواب فيه أن الرجل الآتي إن لم يكن عاقلا وأمكنه أن يتنحى عن الطريق فلم^(٨) يتنح [(عن الطريق)^(٩) فلا ضمان على صاحب الحطب^(١٠) وإن^(١١)

(١) مابين المعقوفين في (أ) « الثاني » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) المبسوط (٥٨ / ١٦) .

(٣) الوقر : بكسر الواو ، وهو الحِمْلُ والثَّقْلُ يحمل على ظهر أو على رأس ، وأكثر ما يستعمل في حمل البغل والحمار ، كالْوَسْق في حِمْل البعير وجمعه أوقار .

مجمل اللغة ص (٧٥٩) ، والمغرب ص (٤٩٠) ، والمصباح المنير (٢ / ٦٦٨) ، ولسان العرب (٢٨٩ / ٥) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ب) ، وفي هامش (د) « ثوب ثوب » ، وهي كلمة فارسية معناها : احذر أن تقطع ثيابك .

(٦) كلمة فارسية معناها : احذر أن تضربك أو تضرب ثيابك .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) في (ج) « ولم » .

(٩) مابين القوسين زيادة في (ب) .

كان الرجل^(١) الآتي عاقلاً [٣٣ / ٦ هـ] وحصل الخرق بذهاب الحمار ومجيء الرجل
يجب أن يكون على^(٢) صاحب الخطب نصف الضمان على قياس مسألة المكعب
وأجناسها على ما يأتي بيانها بعد هذا إن شاء الله تعالى^(٣) ^(٤) .

وفي النوازل : قصار أقام حماراً على الطريق وعليه ثياب ، فجاء راكب ومزق^(٥)
الثياب [التي عليه]^(٦) يريد به : « كرسث زرش »^(٧) ، قال : إن كان الراكب يبصر
الحمار والثوب يضمن ؛ لأن فعله جناية في هذه الحالة ، وإن كان لا يبصر لا يضمن ؛ لأن
فعله ليس بجناية ، والمرور في الطريق مأذون فيه ، قال ثمة : فعلى هذا لو وضع الثوب^(٨)
على الطريق فجعل الناس يمشون عليه حتى تخرق وهم لا يبصرون لا ضمان^(٩) عليهم .
وكذلك رجل جلس على الطريق فوقع عليه إنسان فلم يره ، فمات الجالس فلا ضمان
عليه^(١٠) ؛ لأن المعنى يجمع الكل . قال الفقيه أبو الليث : وقد روي عن أصحابنا خلاف
ذلك ؛ ولكن إن^(١١) أفتى مفت بما ذكرنا أولاً لا بأس به .

قال الصدر الشهيد في واقعاته : فإذا يفتي المفتي في هذه المواضع أن الرأي
للقاضي ، قال : وهكذا نفتي . وعلى قياس مسألة وقر الخطب ينبغي أن يقال في هذه

(١٠) في (ج) « صاحب الدابة » .

(١١) في (د) « وإذا » .

(١) سقط من (ب) ، و (د) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) انظر ص من هذا البحث .

(٥) في (ب) « وخرق » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، وفي (د) « الذي عليه » .

(٧) كلمة فارسية لم أقف على معناها .

(٨) في (ب) « هذا الثوب » .

(٩) في (ج) « فلا ضمان » .

(١٠) في (ب) « لا ضمان عليه » .

(١١) في (ج) « لو » .

المسألة : إذا كان الراكب يبصر الحمار والقصار؛ إن لم يقل [برت كوشت] ^(١)]
 أوقال] ^(٢) ولم يسمع القصار قوله أو سمع ولم يتهياً له أن يتنحى ينبغي أن يصير
 الراكب ضامناً إلى آخر ما ذكرنا ^(٣) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، « برب كوشتا » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) « وقال » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) ، وواقعات الناطفي اللوحة رقم (١١٦) ، وواقعات

الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٣) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤١ / ٣) .

الفصل الثامن

في الدعوى الواقعة في الغصب ،

واختلاف الغاصب والمغصوب منه والشهادة في ذلك .

قال محمد في الأصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له ^(١) ، وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها ^(٢) .

قال شمس الأئمة الحلواني : ينبغي أن يحفظ هذه المسألة ؛ لأنه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ، ولم يبينوا جنسها وصفتها ، فمن المشايخ من شرط بيان الجنس والصفة والقيمة ، وأول ما ذكر في الكتاب على هذا .

وحكي عن أبي بكر الأعمش تأويل المسألة : أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب أنه غصب منه جاريته فيثبت غصب الجارية بإقراره في حق الحبس والقضاء جميعاً . والصحيح أن هذه البينة تقبل في حق الحبس من غير بيان الجنس والصفة والقيمة . فإذا حبسه القاضي وأحضر المحبوس جارية ، فإن اتفق الغاصب والمغصوب منه أن جاريته هذه يقضي بها للمغصوب منه ، وإن أنكر الغاصب أن تكون هذه الجارية جارية المدعي ، وادعاه المالك لا يقضي ^(٣) بها للمغصوب منه مالم يعد البينة أنها هي الجارية التي غصبها منه . وإن قال الغاصب : قد ماتت الجارية أو بعته ولا أقدر عليها ؛ إن صدقه المغصوب منه في ذلك خلى سبيله ، وقضى عليه بالقيمة إن أراد المغصوب منه ، وإن ^(٤) كذبه يحبس وينتظر ويتلوم ^(٥) ، فإذا انقضى مدة ^(٦) يقع في غالب رأي القاضي أنه لو

(١) سقط من (ب) .

(٢) المبسوط (١١ / ٦٦) ، وفتاوى الهندية (١٣٧ / ٥) .

(٣) في (ج) « لم يقض » .

(٤) في (ج) « فإن » .

(٥) في (د) « ويتلوم له » .

ومعني يتلوم : من تلوم في الأمر أي مكث ، وانتظر . المصباح المنير (٢ / ٥٦٠) ، =

كان قادراً لما تحمل [مرارة]^(١) الحبس إلى مثل هذه المدة فالقاضي يخلي سبيله .
قال شمس الأئمة - رحمه الله - : وهذا التلوم [إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة ،
فإن لم يعرف منه الرضا ومضت مثل^(٢) هذه المدة فالقاضي^(٣) يخلي [سبيل المدعى
عليه]^(٤) بعد هذا ، القاضي يقول للمغصوب منه : ماذا تريد ضمان القيمة أو
التلوم] إلى أن تظهر الجارية ؟ إن قال ضمان القيمة ، إن اتفقا على القيمة قضى
القاضي^(٥) بتلك [القيمة . وإن اختلفا ، إن كان للمدعي بينة على ما ادعى قضى
بتلك البينة]^(٦) ، وإن لم يكن فالقول قول الغاصب مع يمينه ويحلف بالله ما قيمته
[إلا]^(٧) عشرين درهما ذكر هذه الكيفية في غصب الأصل قبل^(٨) مسألة الخلط ، فإذا
حلف وأدى القيمة ثم ظهرت الجارية كان المالك بالخيار ، إن شاء رضي بالقيمة التي
أخذها ، وإن شاء ردها وأخذ الجارية .

قال شيخ الإسلام : قال بعض مشايخنا : إن^(٩) كان المأخوذ مثل قيمة الجارية^(١٠) أو
أكثر لا يكون للمالك الخيار في استرداد الجارية .

وذكر شمس الأئمة السرخسي : أن هذا القائل هو الكرخي ، قال شمس الأئمة

= لسان العرب (٥٥٧/١٢) ، والقاموس المحيط ص (١٤٩٦) .

(٦) في (ب) « فإذا انتضى هذه المدة » .

(١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « مراده » والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) سقط من (د) .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « سبيله » ، والتصويب من (ج) .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « إلى » ، والتصويب من (ج) .

(٩) في (ب) « قبيل » .

(١٠) في (ج) « إذا » .

(١١) في (ج) « مثل قيمته » .

السرخسي^(١) : هذا والصحيح أن للمالك الخيار على كل حال ، وإليه أشار في الكتاب حيث أطلق الجواب إطلاقاً .

وذكر شمس الأئمة الحلواني : أنه^(٢) إذا أظهر أن قيمتها مثل ما قال الغاصب شوش الجواب فيه قال : في موضع : لا خيار للمولى ولا سبيل له عليها ، وفي^(٣) موضع آخر : له الخيار وإن كان ما أخذ أضعاف قيمتها . قال شمس الأئمة : هذا والقول الأول أشبه^(٤) . ولو ادعى الغصب ، وجاء بشاهدين شهد^(٥) أحدهما على الغصب ، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب لا تقبل الشهادة . وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع وشهد الآخر على الإقرار^(٦) بالبيع حيث تقبل^(٧) الشهادة . ولو شهد أحد الشاهدين له بالملك وشهد الآخر على إقرار [١ / ٤٥١ / ٢] الغاصب له بالملك لا تقبل^(٨) الشهادة ؛ لأن المشهود به مختلف ؛ لأن الملك المطلق الثابت بالشهادة غير الملك المطلق الثابت بالإقرار حتى يستحق بالأول الزوائد المنفصلة دون الثاني .

وإذا ادعى جارية في يدي رجل أنها جاريته غصبها هذا منه ، [وشهد^(٩) أحد الشاهدين بذلك ، وشهد الآخر أنها جاريته] ولم يقل^(١٠) غصبها هذا منه تقبل^(١١)

(١) سقط من (ج) .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « وقال في » .

(٤) المبسوط (١١ / ٦٦) .

(٥) في (ب) « وشهد » .

(٦) في (د) « وشهد الآخر بالإقرار » .

(٧) في (ب) « يقبل » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « لا يقبل » .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « شهد » ، والتصويب من باقي النسخ (ب) ، و (ج)

(هـ) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) في (ب) « يقبل » .

الشهادة [٦ / ٣٤ / هـ] ؛ لأنهما اتفقا على الملك وتفرد أحدهما بالزيادة ، فتقبل الشهادة على ما اتفقا عليه^(١).

ادعى جارية في يدي رجل أنها له غصبها صاحبُ اليد منه ، ولم يشهد^(٢) شهود المدعي بالغصب ، وإنما شهدوا له بالملك ، فأراد القاضي أن يقضي بالجارية للذي أقام البينة، هل يحلفه بالله ما بعث ولا أذنت له فيه^(٣) ، قال : لا إلا أن يدعي صاحب اليد شيئا من ذلك . وعن أبي يوسف : أنه يحلفه وإن لم^(٤) يطلب الخصم ؛ ليكون^(٥) أحكم للقضاء وأبرم ، وأجمعوا أن من ادعى ديناً في التركة فالقاضي يحلفه مع إقامة البينة : أنك ما استوفيت الدين [ولا]^(٦) أبرأته . وإن لم يدع الخصم ذلك . وهذه المسألة تشهد لأبي يوسف^(٧) .

وإذا ماتت الدابة المغصوبة ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه ، فقال الغاصب : رددت الدابة عليك ونفقت عندك . وقال رب الدابة^(٨) لا بل نفقت عندك من ركوبك . ولم يكن لواحد منهما بينة ، [٣ / ٢٦٩ / د] فالقول قول رب الدابة ، وذلك لأن الغاصب أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الغصب ، وادعى ما يبرئه ، فيكون القول قول صاحب المال كما لو قال : أكلت مالك بإذنك [أو أخذت المال بإذنك]^(٩) وأنكر صاحب المال كان القول قوله ؛ لما ذكرنا أنه أقر بالسبب الموجب للضمان ، وادعى ما يبرئه

(١) المبسوط (١١ / ٦١) .

(٢) في (د) « تشهد » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ج) « فيكون » .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) « ولم » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) الفتاوى الهندية (٥ / ١٣٨) .

(٨) في (ج) « وقال المغصوب منه » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

، قلم يصدق إلا ببينة ، كذلك ههنا^(١) .

فإن أقاما جميعا البينة ؛ أقام رب الدابة البينة^(٢) أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه ، وأقام الغاصب بينة^(٣) أنه قد ردها عليه ثم ماتت في يده ، فإن الغاصب يضمن قيمتها . فرق بين هذا وبين ما إذا أقام الغاصب بينة^(٤) أنه ردها على المالك ، وأقام المغصوب منه بينة^(٥) أنها نفقت عند الغاصب ، ولم يشهدوا^(٦) أنها نفقت من ركوبه قال^(٧) : لا ضمان^(٨) على الغاصب . وبين المسألتين فرق من حيث الصورة ، فأما لا فرق بين المسألتين من حيث المعنى ، وذلك لأننا^(٩) نعمل^(١٠) بالبينتين جميعا في الموضعين ونجعل كائن الأمرين كانا [في المسألتين]^(١١) ، نجعل في المسألة الأولى كائن الغاصب رد ثم ركب بعد الرد ونفقت من ركوبه ، ونجعل في المسألة الثانية كآنه ردها ثم نفقت عند الغاصب بعد الرد ؛ لأن العمل بالبينتين جميعا في مسألة الركوب يوجب الضمان ؛ لأنه متى ردها على المالك ثم ركب بعد الرد ونفقت من ركوبه ضمن ، ويكون هذا منه غصبا آخر^(١٢) فصار ضامنا ، والعمل بالبينتين في المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضمنا ؛ لأنه متى رد ثم نفقت الدابة بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه بأن انفلتت

(١) في (ج) « فكذلك هذا » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « البينة » .

(٤) في (ج) « البينة » .

(٥) في (ج) « البينة » .

(٦) في (ج) « ولم يشهد » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ج) « فلا ضمان » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) في (ب) « يعمل » .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٢) في (ج) « ويكون هذا غصبا آخر منه » .

الدابة بعد الرد ونفقت عنده لا يكون عليه ضمان^(١) فكذلك هذا . وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه [في مسألة]^(٢) الفرق : أن ما ذكر أنه لا ضمان على الغاصب قول محمد ، أما على قول أبي يوسف فهو^(٣) ضامن^(٤) .

وإذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمة الثوب ، وقد استهلكه الغاصب فالقول قول الغاصب [مع يمينه ؛ لأنه ينكر]^(٥) الزيادة ، والبينة بينة رب الثوب ؛ لأنها تثبت^(٦) الزيادة . وإن لم يكن لرب الثوب بينة ، وجاء الغاصب ببينة أن قيمة ثوبه كذا ، وكذبه رب الثوب ، وسأل^(٧) يمينه ، يعني : يمين الغاصب ، فإنه يحلف على دعواه ، ولا تقبل^(٨) بينته ؛ [لأن بينته]^(٩) تنفي الزيادة ، والبينة على النفي لا تقبل^(١٠) . قال بعض مشايخنا : ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه ، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين ؛ ألا ترى أن المدعى إذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته وطريقه ما قلنا . وبعض مشايخنا قالوا : ينبغي أن يكون في كل فصل روايتان . وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول : هذه المسألة عدت مشكلة . ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه المسألة ، وهو الصحيح . ولو شهد لرب الثوب أحد الشاهدين أن قيمة ثوبه كذا ، وشهد الآخر على إقرار الغاصب أن قيمة ثوبه

(١) في (ج) « لا يكون ضمانها عليه » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « هو » .

(٤) المبسوط (٨٠ / ١١) ، و بدائع الصنائع (١٦٤ / ٧) ، و فتاوى قاضيخان (٢٥٤ / ٣) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، وفي محله جملة أخرى هي : « فإنه يحلف على دعواه لا يقبل

بينته ؛ لأن بينته يبقى » وهذه الجملة سترد بعد سطرين ، فوردوها هنا سهو .

(٦) في (ب) « سبب » .

(٧) في (ج) « وسأله » .

(٨) في (ب) « ولا يقبل » ، وفي (ج) « فلا تقبل » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) في (ب) « لا يقبل » .

كذا لا تقبل^(١) هذه الشهادة^(٢)؛ لأن المشهود به مختلف^(٣) .

وإن جاء الغاصب بثوب زطي^(٤) فقال: هذا الذي غصبتك ، وقال رب الثوب : كذبت ؛ بل هو ثوب هروي ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، ويحلف بالله أن هذا [الثوب]^(٥) [ثوبه]^(٦) الذي غصبتك إياه وما غصبت ثوبا هرويا ، قال مشايخنا : والصواب ما ذكر^(٧) في كتاب الاستحلاف أنه يكفي أن يقول : بالله ما غصبت^(٨) هروياً كما يدعيه المالك . وإن جاء بثوب هروي ، وقال : هذا الذي غصبتك وهو^(٩) على حاله ، وقال رب الثوب : بل كان ثوبي جديداً حين غصب . فالقول قول الغاصب مع يمينه [٢ / ٤٥٢ أ] . وإن أقام البينة فالبينة بينة رب الثوب ، وإن^(١٠) لم يقم واحد منهما بينة وحلف الغاصب ، وأخذ رب الثوب الثوب ثم أقام بينة أنه غصبه إياه وهو جديد ضمن الغاصب فضل ما بينهما . هكذا ذكر في الأصل .

قال شمس الأئمة الحلواني : هذا إذا كان النقصان يسيراً ، فإن كان فاحشاً فرب الثوب بالخيار ؛ إن شاء أخذ الثوب وضمّنه النقصان ، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمّنه قيمة ثوبه^(١١)^(١٢) .

(١) في (ب) « لا يقبل » .

(٢) في (جـ) « هذه البينة » .

(٣) المبسوط (٨٢ / ١١) ، و بدائع الصنائع (١٦٣ / ٧) .

(٤) زطي : نسبة إلى الزُّط ، وهم حيل أسود من الهند إليهم تنسب الثياب الزطية .

المغرب ص (٢٠٨) ، ولسان العرب (٣٠٨ / ٧) ، والقاموس المحيط ص (٨٦٣) .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « ثوب » وسقط من (ب) ، والتصويب من (جـ) و (د) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (جـ) .

(٧) في (جـ) « مذكّره » .

(٨) في (جـ) « ما غصب » .

(٩) في (جـ) « فهو » .

(١٠) في (جـ) « فإن » .

(١١) في (جـ) « الثوب » .

(١٢) المبسوط (٨٣ / ١١) ، والفتاوى الهندية (١٣٩ / ٥) .

رجل ادعى ثوبا في يدي رجل أنه له ، وأن صاحب اليد غصبه منه ، [وأقام على ذلك بينة ^(١)] ، وأقام صاحب اليد بينة أنه له وهبه له أو باعه إياه وأقر به له فإنه يقضي لذي اليد ^(٢) ، ويجعل كأن صاحب اليد غصبه أولاً ثم وهبه المدعي أو باعه إياه ^(٣) .

ولو ادعى رجل أن الثوب له وأن صاحب اليد غصبه منه وأقام على ذلك بينة ، وأقام رجل آخر بينة أن صاحب اليد أقر له بهذا ^(٤) الثوب ، فإنه يقضي ^(٥) للذي أقام البينة أن الثوب له ، ويجعل كأن صاحب اليد غصب أولاً حتى يصير الثوب في يده فيصح الإقرار ، وإذا جعل كأن [٣٥ / ٦ هـ] صاحب اليد غصب أولاً [جعل] ^(٦) مقرا بملك الغير ، والإقرار بملك الغير لا يعتبر ^(٧) .

إذا قال : غصبتك هذه الجبة . ^(٨) ثم قال : البطانة لي ، أو قال : الحشولي [والبطانة له] ^(٩) لم يصدق ؛ لأنه رجع بعد الإقرار ، [٥٧٦ / ٢ جـ] فإن اسم الجبة اسم الكل ^(١٠) . ولو قال : غصبتك هذا الخاتم أو هذه الأرض . ثم قال بعد ذلك : فص الخاتم لي ، أو قال : بناء الدار لي أو شجر الأرض لي ، فكذلك الجواب لا يصدق ؛ لأن اسم الخاتم اسم

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « وأقام صاحب اليد البينة أن المدعي وهبه منه أو أقر له . فإنه يقضي به لذي اليد » .

(٣) في (ج) « ويجعل كأن صاحب اليد غصب أولاً لأنه وهبه المدعي أو باعه منه » .

(٤) في (ب) « هذا » .

(٥) في (ج) « يقضي به للذي » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « حصل » ، وفي (ج) الكلمة منطبعة ،

والتصويب من (د) ، و (هـ) ، وفي هامش (د) كتب : « حصل » . ولم يشطب على

ما في النص .

(٧) الفتاوى الهندية (١٣٩ / ٥) .

(٨) الجبة : ضرب من الثياب ، سابع ، واسع الكمين ، للشقوق المقدّم ، يلبس فوق الثياب ، وتطلق الجبة

على الدرّع أيضا .

لسان العرب (٢٤٩ / ١) ، والقاموس المحيط ص (٨٣) ، والمعجم الوسيط (١٠٤ / ١) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٠) في (ج) « للشكل » .

الكل^(١) فيصير راجعا بعد الإقرار^(٢) .

ولو قال : غصبت [هذه]^(٣) البقرة من فلان [٢ / ٥٠ / ب] ثم قال : ولدها لي . قبل قوله ، فرق بين الإقرار والشهادة ، فإنه إذا شهد شاهدان لرجل : أن هذه بقرته ولها ولد ، فإن المشهود له يستحق البقرة مع الولد^(٤) .

في القدوري : وإذا شهد شهود المدعي بغصب العبد وموته عند^(٥) الغاصب ، وشهد شهود^(٦) الغاصب أن العبد مات في يد مولاه قبل الغصب ، لم ينتفع بهذه البينة ، يعني : الغاصب ؛ لأن شهود الغاصب عرفوا يد المولى ولم يعرفوا الغصب ، [وشهود المدعي عرفوا الغصب]^(٧) ، فكان شهادتهم أولى^(٨) .

ولو^(٩) أقام المدعي بينة أن الغاصب غصبه يوم النحر بالكوفة ، وأقام الغاصب البينة^(١٠) أنه كان يوم النحر بمكة [أو العبد]^(١١) ، فالضمان واجب على الغاصب ؛ لأن البينة التي أقامها الغاصب على كونه يوم النحر [بمكة]^(١٢) لا يتعلق بها حكم فبطلت ضرورة^(١٣) .

(١) في (ج) « للشكل » .

(٢) المبسوط (٩٩ / ١١) ، والفتاوى البزازية (٦ / ١٨٠) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) المبسوط (٩٩ / ١١) ، والفتاوى الهندية (١٣٩ / ٥) .

(٥) في (ج) « عبد » .

(٦) في (ج) « وشهود الغاصب » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) بدائع الصنائع (٧ / ١٦٤) ، والفتاوى الهندية (١٣٩ / ٥) .

(٩) في (ج) « لو » .

(١٠) في (ب) « بينة » .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٣) بدائع الصنائع (٧ / ١٦٤) ، والفتاوى الهندية (١٣٩ / ٥) .

قال^(١) محمد في الإملاء^(٢) : إذا شهد [شهود]^(٣) الغاصب أنه مات في يد المغموص [منه]^(٤) ، وشهد شهود المغموص منه أنه مات في يد الغاصب فالبينة بينة الغاصب ؛ لأن بينة المالك لا تثبت [إلا ما ثبت]^(٥) بإقرار الغاصب ، فإن الضمان يجب بالغصب لا بالموت ، والغاصب قد أقر بالغصب فخرج بينة المالك من البين ، والغاصب بينته تثبت الرد حيث أثبت الموت في يد المالك^(٦) ^(٧) .

في المنتقى : ابن سماعة عن أبي يوسف : في رجل غصب من آخر عبدا ، فوجد المغموص منه عبده فأخذه وفي يده مال فقال الغاصب : هو مالي ، وقال المغموص منه : هو مالي ، قال : إن كان العبد في منزل الغاصب والمال في يده فهو للغاصب . وإن لم يكن في منزل الغاصب فهو للمغموص منه .

بشرعن أبي يوسف : غاصب الثوب إذا قال : صبغت الثوب^(٨) أنا ، وقال المغموص [منه]^(٩) : غصبه^(١٠) مصبوغا ، فالقول قول المغموص منه ، وكذلك إذا اختلفا في بناء الدار وحلية السيف فهو مثل اختلافهما في الصبغ .

(١) في (ب) ، و (ج) « وقال » .

(٢) الإملاء مفردا أمالي وهو أن يقعد عالم وحوله تلامذته بالمخابر والقراطيس ، فيتكلم العالم بما فتح الله عليه من العلم ، ويكتبه التلامذة ، فيصير كتابا ، ويسمونه الإملاء والأمالي . وقد طبع جزء من الأمالي لمحمد بن الحسن الشيباني في مطبعة دائرة المعارف العثمانية عام ١٣٦٠ .
ينظر : كشف الظنون (١ / ١٨٠) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) « لشهود » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (ج) « وسيأتي بعد هذا » .

(٧) الأمالي ص (٢٣) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٦٤) .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « غصبه » .

عمرو بن أبي عمرو^(١) عن محمد : إذا وقع الاختلاف في بناء الدار فالقول قول رب الدار كما قال^(٢) أبو يوسف ، قال^(٣) : وإن أقام^(٤) البينة فالبينة ، بينة الغاصب . قال : وكذلك النخيل والشجر في الأرض . ولو اختلفا في متاع^(٥) موضوع [في الدار المغصوبة أو في آجر موضوع أو في باب موضوع]^(٦) فالقول قول الغاصب ، والبينة بينة المغصوب منه^(٧) .

رجل غصب عبد رجل ، وباعه ، وسلم العبد ، وقبض الثمن ، ومات العبد في يد المشتري ، فقال [المالك]^(٨) : أنا أمرته بالبيع . فالقول قوله . ولو قال : لم آمره ولكني أجزت البيع حين بلغني . لم يلتفت إلى قوله ، ولا سبيل له^(٩) على الثمن إلا أن يقيم البينة أنه أجاز البيع قبل موت العبد^(١٠) .

هشام في نوادره : سألت محمدا عن رجل أتى سوقاً ، وصب لإنسان زيتاً وسمنا أو شيئاً من الأدهان والخل^(١١) ، وعاينت البينة ذلك وشهدوا عليه ، فقال الجائي : صببت

(١) هو : عمرو بن أبي عمرو ، الفقيه أبو عثمان المدني ، واسم أبيه ميسرة ، وهو جد أبي عروة الحسين ابن محمد الحافظ الحراني المتوفي سنة ثمان عشرة وثلاثمائة ، قال القرشي « ذكره أي عمرو أبو إسحاق في الطبقات من أصحاب محمد بن الحسن وكذلك الصيمري .
الجواهر المضية (٦٧٧/٢) برقم (١٠٨٤) ، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص (١٦٤) ، وسير أعلام النبلاء (١١٨/٦) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « قاله » .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) في (ب) « أقام » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) الأمالي ص (١٩) ، والفتاوى الهندية (١٣٩/٥) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) الفتاوى الهندية (١٤٠/٥) .

(١١) في (ب) « أو الخل » .

وهو نجس وقد ماتت فيه فأرة^(١) ، فالقول قوله . قلت له : فإن أتى سوق القصابين^(٢) فعمد إلى [طوايق]^(٣) اللحم فرمى بها واستهلكها ، والشهود عاينوا ذلك فشهدوا عليه ، فقال الجائي : هي ميتة . قال : لا أصدقه على ذلك ، ويسع الشهود أن^(٤) يشهدوا أنها ذكية ؛ لأنه لا يباع في الأسواق^(٥) لحم ميتة ، ويباع فيها زيت وسمن قد ماتت فيه الفأرة^(٦) .

إبراهيم عن محمد : رجل اتخذ^(٧) من طين رجل لبناً أو جداراً فهو له وعليه قيمة الطين . وإن قال رب [٣ / ٢٧٠ / د] الطين : أنا^(٨) أمرته أن يتخذه ، قال هو لرب الطين^(٩) .

بشر عن أبي يوسف : إذا شهد شهود^(١٠) الغاصب أن رب العبد قبضه^(١١) منه فمات

(١) في (ب) ، و (ج) « قد مات فيه الفأرة » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « القصاب » .

والقصاب : هو الجزار وحرفته القصابة ، فإذا أن يكون من : قصبتُ الشاة أي : قطعته عضواً عضواً ، وإما أن يكون من أنه يأخذ الشاة بقصبتها أي بساقها .

المصباح المنير (٢ / ٥٠٤) ، ولسان العرب (١ / ٦٧٥) ، والقاموس المحيط ص (١٦٠) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « طراس » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) و عيون المسائل (٢ / ٤٦٨) .

والطوايق : جمع الطابق ، وهو ظرف يطبخ فيه ، والآجر الكبير .

المعرب ص (٤٣٥) ، ولسان العرب (٢ / ٢١٥) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٥٥٠)

(٤) في (ب) « للشهود بأن » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « السوق » .

(٦) عيون المسائل (٢ / ٤٦٨) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٠) .

(٧) في (ب) « ألحق من طين » .

(٨) في (ج) « إني » .

(٩) الفتاوى الهندية (٥ / ١٤٠) .

(١٠) في (ج) « شهد شهدوا » .

(١١) في (ب) « قرضه » .

عنده ، وشهد شهود المغصوب منه أن العبد قد مات عند الغاصب ، فالغاصب ضامن القيمة^(١) . قال أبو[٢/٤٥٣/أ] الفضل : هذا^(٢) خلاف جواب الأصل^(٣) [والله أعلم]^(٤) .

(١) في (ب) ، و (جـ) « لقيمته » .

(٢) في (جـ) « وهذا » .

(٣) الأمالي ص (٢٤) ، وفتاوى قاضيخان (٢٥٥/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (جـ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) .

الفصل التاسع

في نملك [الغاصب المغصوب]^(١) والانتفاع به .

ذكر في فتاوى أبي الليث : عن الفقيه أبي بكر الإسكاف^(٢) فيمن غصب من آخر لحماً وطبخه ، أو غصب حنطة [وطحنها]^(٣) ، وصار المال له ، ووجب عليه القيمة ، فأكله حلال^(٤) في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وفي قول أبي يوسف : أكله حرام قبل أن يرضى صاحبه^(٥) .

وفي فتاوى أهل سمرقند : من غصب من آخر طعاماً فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكاً فلما ابتلعه كان^(٦) حلالاً في قول أبي حنيفة - رحمه الله - [خلافاً لأبي يوسف بناد على أن شرط الطيب الملك بالبدل^(٧) عند أبي حنيفة وعندهما أداء^(٨) البدل حكى عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفي أنه كان لا يصح ما ذكر عن أبي حنيفة - رحمه الله [في هاتين المسألتين وكان ينكر ذلك قول أبي حنيفة - رحمه الله -]^(٩) وكان يقول^(١٠) : الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية^(١١) مذهب

(١) مابن المعقوفين في (أ) ، و (د) « المغصوب الغاصب » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .
(٢) هو : الإمام محمد بن أحمد ، أبو بكر الإسكاف ، كان إماماً كبيراً جليل القدر ، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة ، وهو أستاذ أبي جعفر الهندواني ، وبه انتفع ، وعليه تخرج ، له شرح الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ، مات سنة ست وثلاثين وثلاثمائة ، وقيل سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة .
الجواهر المضية (٣ / ٧٦) ، و (٤ / ١٥) برقم (١٨٧٩) ، وكشف الظنون (٦ / ٣٠) ، والفوائد البهية (١٦٠) .

(٣) مابن المعقوفين في (أ) ، و (د) « وطبخها » .

(٤) في (ج) « خلاف » .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٠) .

(٦) في (ب) « فلما ابتلعه حلالاً » وفي (ج) « فلما ابتلعه حلالاً » .

(٧) في (ب) « الهرمل » .

(٨) في (ب) « إذا » .

(٩) مابن المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

أصحابنا : أن الغاصب لا يملك المغموب إلا عند أداء الضمان [أو قضاء القاضي بالضمان]^(١) أو تراضي الخصمين على الضمان ، فإذا^(٢) وجد شيء [٦ / ٣٦ / هـ] من هذه الأشياء [الثلاثة]^(٣) ثبت الملك [ومالا فلا ، وبعد وجود شيء من هذه الأشياء الثلاثة إذا ثبت الملك]^(٤) لا يحل للغاصب تناوله ؛ لأنه استفادته بفعل لا يحل فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض ، إلا أن يجعله صاحبه في حل فحينئذ يباح تناوله لانقطاع ذلك السبب^(٥) .

في القدوري : غصب حنطة وزرعها^(٦) فعليه مثلها^(٧) ، ويتصدق بالفضل ، ويكره الانتفاع بها حتى يرضى صاحبها ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد ، وعلى قول أبي يوسف على ما روى [عنه]^(٨) بشر : لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان ، وعلى ما روى عنه هشام : يكره الانتفاع ، فرق أبو يوسف بين هذه المسألة وبين ما إذا غصب من آخر حنطة وطحنها على رواية بشر ، فإن في^(٩) تلك المسألة يكره له^(١٠) الانتفاع قبل أداء الضمان عنده باتفاق الروايات ، والفرق : أن الطحن ليس بإتلاف حقيقة ، وإنما هو

(١٠) في (ب) « القول » .

(١١) في (ب) « قصة » .

(١) مابين المعقوفين سقط من (د) .

(٢) في (ج) « وإذا » .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « للثلاثة » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٢) ، والمبسوط (٨٨ / ١١) ، وفتاوى قاضيان

(٢٥٥ / ٣) .

(٦) في (ب) « وردعها » .

(٧) في (ب) « مثله » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) سقط من (ج) .

[تغيير لصفة العين] ^(١) فجاز أن يبقى حق المالك لقيام العين ^(٢) ، فأما الحنطة إذا ^(٣) زرعت فنبئت ^(٤) هلكت ولم ^(٥) يبق لها عين فتعلق به حق المغصوب منه فلم يكره الانتفاع به قبل أداء الضمان لهذا وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف : إذا غصب من آخر نوى وغرسه واتخذ منه نخلاً فلا بأس بالانتفاع [به] ^(٦) قبل أن يرضى صاحبه ^(٧) [ولو غصب ^(٨) تالة وغرسها حتى صار نخلاً كره الانتفاع بها] ^(٩) قبل أن يرضى صاحبه ^(١٠) لأن النوى يتعفن ^(١١) ويهلك والتالة تزيد في نفسها ، وأبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف على رواية هشام إنما كرهوا ^(١٢) الانتفاع قبل أداء الضمان حتى [لا يصير] ^(١٣) سببا لفتح تناول أموال الناس بالباطل ^(١٤) .

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في الشاة المغصوبة إذا ذبحها وشواها : لم يسعه ^(١٥) أن يأكلها ولا يطعم أحدا حتى يضمن . وإن كان صاحبها غائبا أو حاضرا لا يرضى

(١) مابين المعقوفين في (ب) « معتبر بصه العيب » .

(٢) في (ج) « المعنى » .

(٣) في (ب) « أوأ » .

(٤) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) في (ج) « فلم » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) « لصاحبه » .

(٨) في (ب) « عضت » .

(٩) في (ب) « به » ، و سقط من (د) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) ، و (ج) « يغفن » .

(١٢) في (ب) « كره » .

(١٣) مابين المعقوفين في (أ) « لا يصيره » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٤) بدائع الصنائع (٧ / ١٥٣) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٠) .

(١٥) في (ج) « لم يسع له » .

بالضمان لايسعه^(١) الأكل . وإذا دفع الغاصب قيمتها حل له الأكل ؛ لأن حق المالك صار مستوفى بالبدل . وكذلك إذا أبرأه لأن حقه سقط بالبراءة . وكذلك إذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه الحاكم لأن الحاكم لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان^(٢) راضيا به^(٣) . وقال زفر^(٤) : بعد ما طحن الحنطة وشوى اللحم فله أن يأكل ويطعم^(٥) من شاء ، ولا يعتبر^(٦) رضا المغصوب منه ؛ لأن حق المغصوب منه قد انقطع عن العين وتقرر في القيمة فلا يعتبر رضاه^(٧) .

ولو غصب بيضة [فحضرها]^(٨) فخرج فراريج^(٩) فلا بأس بأن ينتفع بها قبل أن يؤدي ضمان البيض ؛ لأنه قد تغير عن حال الغصب . ولو [غصب من أحد]^(١٠)

(١) في (ج) « لايسع له » .

(٢) في (ب) « وكان » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) هو : الإمام زفر - بضم الزاي وفتح الفاء وراء مهملة - بن الهذيل بن قيس العنبري العالم الفقيه ، وأحد الفقهاء العباد ، صاحب الإمام أبي حنيفة ، وكان الإمام أبوحنيفة يبجله ويعظمه ، ويقول : هو أقيس أصحابي ، وتولى قضاء البصرة تزوج ، فحضره أبوحنيفة ، فقال له زفر : تكلم ، فقال أبوحنيفة في خطبته : هذا زفر بن الهذيل ، إمام من أئمة المسلمين ، وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه وعلمه ، كان مولده سنة عشر ومئة ، ووفاته كانت في سنة ثمان وخمسين ومئة ، وله ثمان وأربعون سنة .

الجواهر المضية (٢٠٧ / ٢) برقم (٥٩٦) ، والطبقات السنية (٢٥٤ / ٣) برقم (٨٧٩) ، وتاج التراجم (١٠٢) برقم (١١٣) ، والفوائد البهية (٧٥) .

(٥) في (ب) « فله أن يطعم يأكل » .

(٦) في (ج) « فلايعتبر » .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٥٣) .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) « محضه » ، وفي (ب) « فحسه » ، وفي (ج) « فحضره » ، وفي (د) « محصه » ، والتصويب من (هـ) .

(٩) في (ج) « فراريج » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « آخر » .

عصفراً^(١) وصبغ به ثوباً^(٢)، أو غصب سمناً وكتَّ به سويقاً لم يسعه أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه . في المنتقى^(٣) .

وفيه أيضاً : وكل ما غاب عنه صاحبه من ذلك ويخاف عليه الفساد فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه^(٤)، وليس يخرج ذلك من إثم الغصب^(٥) .
رجل غصب من آخر جارية فغيبها ، فقال رب الجارية : قيمة جاريتي ألفان ، وقال الغاصب : لا ؛ بل ألف وحلف على ذلك ، وقضى القاضي على الغاصب [بألف]^(٦) لرب الجارية ؛ لم يحل للغاصب أن يستخدمها ولا يطأها ولا يبيعها وليس يحلها له إلا أن يعطيه قيمتها تامة . وإن أعتقها الغاصب بعد القضاء بالقيمة الناقصة جاز عتقه وعليه تمام القيمة كالعتق في الشراء الفاسد^(٧) .

إذا ملك الغاصب المصوب بالضمان ثم نظر إليه فوجده معيباً فله أن يرده بالعيب ؛ ولكن بعد أن يحلف بالله : لقد ضمنه^(٨) القيمة ولم يعلم بالعيب . وكذلك [له]^(٩) أن يرده^(١٠) بخيار الرؤية .

وعن أبي يوسف : في [السيل]^(١١) يذهب بحنطة رجل فيقع في أرض رجل فنبت ، قال : إن كان للحنطة ثمن فإن جميع ما يخرج منها لصاحب الحنطة ويتصدق بالفضل

(١) مابين المعقوفين تكرر في (ب) .

(٢) في (د) « ثوماً » .

(٣) المبسوط (٩٥ / ١١) ، وبدائع الصنائع (١٥٤ / ٧) .

(٤) في (ب) « لضمانه » .

(٥) البناء (٢٤٦ / ١٠) .

(٦) في (أ) ، و (د) « ألف » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٧) زيادات الزيادات ص (١٠١) ، و بدائع الصنائع (١٥٣ / ٧)

(٨) في (ب) ، و (ج) « ضمن » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « يرد » .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) : « إنسان » ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

ولا شيء عليه من نقصان الأرض^(١) .

اشترى جارية بثوب مغصوب لا يحل له وطؤها قبل أداء الضمان ؛ لأنه لو استحق الثوب [يلزمه رد الجارية . ولو تزوج امرأة بثوب مغصوب حل له وطؤها] ؛ لأنه لو استحق الثوب لا يبطل النكاح . في أول غصب شمس الأئمة السرخسي^(٢) .

وفي المنتقى : ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل غصب من آخر ألف درهم وتزوج بها امرأة أو اشترى بها ثوباً وسعه وطء المرأة وليس الثوب . [قال] من قبل أن العقد جاء^(٣) على ألف درهم [٢ / ٤٥٤ / أ] ولم يقع على^(٤) تلك الدراهم بعينها ، فلا أبالي [بعدها أو غيرها] .

وفيه أيضا : لو اشترى^(٥) بالألف المغصوبة جارية أو ثوباً ، ودفع الألف في الثمن إلى البائع^(٦) ثم باع الأمة أو الثوب [وربح تصدق بالربح ، وإن دفع الألف إلى ربها ثم باع الثوب^(٧)] بفضل طاب له الفضل^(٨) .

وفيه أيضا : إبراهيم عن محمد : غصب من آخر دراهم واشترى بها دنانير لا يسعه أن ينفق الدنانير ؛ لأن الدراهم إذا استحققت بعد ما افترقا انتقض^(٩) البيع في الدنانير ، فإن قضى على غاصب الدراهم بمثلها حلت له الدنانير^(١٠) .

(١) المبسوط (٩٥/١١) ، والفتاوى الهندية (١٤١/٥) .

(٢) المبسوط (١١٢/١١) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٥٥) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(٤) في (ب) . و (ج) « جاز » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « ولو اشترى » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٩) الفتاوى البزازية (٦ / ١٨٣) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤١) .

(١٠) في (ب) « بعض » .

(١١) في (د) « الدراهم » .

اشترى بدراهم مغصوبة أو بدراهم^(١) اكتسبها من الحرام شيئاً فهذا على وجوه : أما إن دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ، ثم اشترى منه بتلك الدراهم ، أو اشترى قبل الدفع [٦ / ٣٧ / هـ] بتلك الدراهم ودفعها ، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم ودفع غير تلك الدراهم ، أو اشترى مطلقاً ودفع تلك الدراهم ، أو اشترى بدراهم آخر ودفع تلك الدراهم ، وفي الوجوه كلها لا يطيب له تناول قبل الضمان ، - يعني : ضمان الدراهم - وبعد الضمان يطيب له الربح . هكذا ذكر في الجامع الصغير^(٢) .

قال أبو الحسن الكرخي : هذا الجواب صحيح في الوجه الأول والثاني ، أما في الوجه الثالث والرابع والخامس [يطيب له]^(٣) . واليوم الفتوى على قول أبي الحسن لكثرة الحرام دفعاً للحرج^(٤) عن الناس . وعلى هذا قد رأى الصدر^(٥) الشهيد الإمام الأجل^(٦) ذكره في الباب^(٧) الأول من شرح الوقاعات^(٨) .

نهر مغصوب ، جاء إنسان وأراد الوضوء أو الشرب منه ، إن حول الغاصب النهر عن موضعه يكره لأنه انتفاع بملك الغير ، وصار كالصلاة في الأرض المغصوبة ، وإن لم يحول لا يكره ؛ لأن الناس شركاء في الماء^(٩) .

رجل غصب طاحونة وأجرى ماءها في أرض غيره من غير طيب [من]^(١٠) نفس

(١٢) المبسوط (١١٢ / ١١) ، والفتاوى الهندية (١٤١ / ٥) .

(١) في (د) « أودراهم » .

(٢) لم أقف على هذه المسألة في الجامع الصغير . وانظر : المبسوط (١١٢ / ١١) .

(٣) مابين المعقوفين في (ب) « فيطيب له » ، وفي (ج) « فلا » .

(٤) في (ب) « للخروج » .

(٥) في (ج) « الشيخ » .

(٦) في (ج) « الإمام الأجل الشهيد » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « باب » .

(٨) المبسوط (١١٢ / ١١) ، و بدائع الصنائع (١٥٤ / ٧) .

(٩) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٦) ، والفتاوى البزازية (١٧٢ / ٦) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

صاحب الأرض لا يحل للمسلمين الانتفاع بهذه الطاحونة إذا علموا بذلك لا شراء^(١) ولا إجارة ولا طحنا بأجر ولا عارية ؛ لأنه استعمال ملك الغير^(٢) .

الأكل من أرض الحَوْز - يريد به : أرض المملكة^(٣) وهي «يَأْن دهي»^(٤) - ففي الأرض نصيب الأكرّة^(٥) يطيب لهم^(٦) إذا أخذوا مزارعة أو إجارة^(٧) ؛ لأنهم ملكوه .

وفي الكروم والأشجار إن كان يعرف أربابها لا يطيب للأكرّة ولا لغيرهم^(٨) ؛ لأنه ملك الغير ، وإذا^(٩) لم يعرفوا طاب للأكرّة نصيبهم ؛ لأن التدبير في معاملتها إلى السلطان ، وصار بمنزلة أرض بيت المال ، [وأما]^(١٠) نصيب بيت المال فينبغي للسلطان أن يتصدق به وإن^(١١) لم يفعل فلا إثم عليه . هذا الذي ذكرنا طريق الحكم . أما طريق

(١) في (ب) « الإِشراء » .

(٢) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) ، والفتاوى البزازية (١٧٢ / ٦) .

(٣) أرض الحوز وأرض المملكة هي : في المعجم الوسيط (٢٠٦ / ١) : « الحَوْز من الأرضين : ما يحتازه (أي يضمه ويمتلكه) إنسان لنفسه ، ويبين حدوده ، ويقيم عليه الحواجز فلا يكون لأحد حق فيها » ويقول ١ . د . وهبة الزحيلي : « أرض الحوز هي : أرض مملوكة لبعض الأفراد ، ولكنهم عجزوا عن استغلالها ، فوضعت الحكومة يدها عليها لتستغلها ، وتستوفي منها ضرائبها ، فلا يصح وقفها ؛ لأنها ليست مالكة لها ، وإنما ماتزال ملكاً لأصحابها » . الوصايا والوقف لوهبة الزحيلي ص (١٦٧) ، وتسمى أرض الحوز : أرض المملكة . انظر رد المختار (٢٩٢ / ٦) .

(٤) في (ب) ، و (ج) ، و (هـ) « میان دهي » ، وهي كلمة فارسية معناها :

(٥) الأكرّة : بفتح الهمزة والكاف جمع أكبر مثل : كفرّة وكافر ، وهو الحرث . المصباح المنير (١ /

١٧) ، ولسان العرب (٢٦ / ٤) ، والقاموس المحيط ص (٤٣٩)

(٦) في (جـ) « يطيب نصيب الأكرّة لهم » .

(٧) في (جـ) « مزارعة وإجارة » .

(٨) في (جـ) « لغيره » .

(٩) في (جـ) « وإن » .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ) « وإنما » ، وسقطت من (ب) .

(١١) في (جـ) « فإن » .

الاحتياط : فما روي عن^(١) خلف بن أيوب أنه كان لا يأكل من طعام^(٢) بلخ إلا في وقت يباح له الميتة ، وكان لا يأكل قدر الشبع ؛ لأن السلطان أخذ ضياع علي بن عيسى^(٣) لنفسه ، لكن في هذا^(٤) الزمان الاجتناب عن هذه الشبهات قل ما يمكن ، حتى يروى [٢ / ٥١ / ب] عن علي بن إبراهيم^(٥) [في موضع آخر]^(٦) أنه سئل عن هذه الشبهات فقال : ليس هذا زمان الشبهات [٣ / ٢٧١ / د] اتق الحرام عياناً ، يعني : إن اجتنبت عن الحرام^(٧) كفك . وذكر بعد هذا : أن الشبهة إلى الحرام أقرب [قل هكذا قال أبو يوسف ؛ لأنه لو لم يكن حقيقة لجعل^(٨) كذلك احتياطاً . وأما المكروه تكلموا فيه^(٩) ، واختار مقاله^(١٠) أبو حنيفة وأبو يوسف أنه إلى الحرام أقرب]^(١١) كيف^(١٢) وقد

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ب) « الطعام » .

(٣) هو : علي بن عيسى البصري ، ذكره القرشي في الجواهر المضية ، وذكر له مسألة في مختصر الإمام سراج الدين الفرضي . الجواهر المضية (٥٨٥ / ٢) برقم (٩٨٨) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) هو : علي بن إبراهيم بن نصرويه ، أبو الحسن السمرقندي كان من أهل العلم ، والتقدم في الفقه على مذهب أبي حنيفة ، حدث ببغداد عن أبيه وأخيه إسحاق ، كان مولده سنة خمس وستين وثلاثمائة في شعبان ، وكانت وفاته سنة إحدى وأربعين وأربعمائة .

الجواهر المضية (٥٣٣ / ٢) برقم (٩٤٢) ، واللباب في تهذيب الأنساب (٤٥٤ / ١) ، وتاريخ بغداد (٣٤٢ / ١١) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) في (ج) « عن غير الحرام » .

(٨) في (ب) ، و (د) « يجعل » .

(٩) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) ، والتصويب من (هـ) .

(١٠) في (د) « مقال » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) سقط من (ج) .

روي عن محمد نصاً بأن^(١) كل مكروه حرام ما لم يقيم الدليل بخلافه^(٢) ^(٣) .

وفي فتاوى أهل سمرقند : غصب حائوتا ، وعمل به^(٤) وريح ؛ طاب له الريح ؛ لأنه حصل بالتجارة^(٥) .

في فتاوى أبي الليث : لو أعلف^(٦) دود القز^(٧) من أوراق اتخذها بغير إذن مالكها ، قال أبو[القاسم]^(٨) : عليه أن يتصدق بالفضل على قيمة دوده يوم [يبيع]^(٩) الفليق^{(١٠)(١١)} .

في المنتقى : قال أبو يوسف : إذا غصب رجل أرضاً وبنائها حوانيت وحماماً ومسجداً فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد . فأما الحمام فلا يدخل ولا يستأجر الحوانيت ، ولا بأس بأن^(١٢) يدخل الحوانيت لشراء^(١٣) متاع . قال هشام : وأنا^(١٤) أكره الصلاة فيه حتى يطيب

(١) في (ب) ، و (ج) « أن » .

(٢) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١١) ، و عيون المسائل (٢ / ٣٨٥) .

(٣) في هامش (د) : « وفي الخانية : امرأة تزوجها في أرض الحوز أوله مال يأخذه من قبل السلطان وهي تقول : لا أقعد معك في أرض الحوز . قال الفقيه أبو بكر البلخي : إن أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصباً فهي في سعة من أكله ، وكذا لو اشترى لها طعاماً أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهي في سعة من تناول ذلك الطعام والثياب ، ويكون الإثم على الزوج » .

(٤) في (ج) « وأغل فيه » .

(٥) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٢) ، والفتاوى البزازية (٦ / ١٧٢) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٢) .

(٦) في (ج) « إذا أعلف » .

(٧) دود القز : المراد به دود الحرير ، وهي دويبة صغيرة مستطيلة ، والواحدة منها دودة .

حياة الحيوان الكبرى (١ / ٤٨٦) ، والمعجم الوسيط (١ / ٣٠٢ ، ٢ / ٧٣٣) ، ولسان العرب (٣ / ١١٦)

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ج) « القسم » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « ينتفع » .

(١٠) في (ب) « العلق » وفي (د) ، و (هـ) « الفيلق » ، وفي (ج) غير منقوطة .

(١١) الفتاوى البزازية (٦ / ١٩٢) .

(١٢) في (ب) « أن » .

ذلك أربابه ، وأكره شراء المتاع من أرض غصب أو حوانيت غصب ، ولا أرى أن تقبل شهادة الذي يبيع في حوانيت الغصب إذا علم أن ذلك غصب .

وإذا^(١) أراد أن يمر في أرض الغير إن كان له طريق آخر ليس له أن يمر في أرض الغير^(٢) ، وإن لم يكن له طريق آخر له أن يمر في أرض الغير مالم يمنعه [من]^(٣) ذلك صريحا ، وهذا في حق الواحد . أما الجماعة فليس لهم أن يمروا في أرض الغير إلا برضاه صريحا ؛ لأن مرور الواحد لا يضر بالأرض [فكان صاحب الأرض راضياً به دلالة . والعمل بالدلالة واجب إلا إذا جاء الصريح بخلافه ؛ بخلاف مرور الجماعة ؛ لأنه يضر بالأرض]^(٤) ضرراً فاحشاً فلم يكن صاحب الأرض راضياً به دلالة ، فيشترط الرضا صريحا^(٥) .

وإذا أراد المرور في الطريق المحدث إن علم أن صاحب الملك هو الذي جعل ملكه طريقاً حل له المرور فيه ، وإن لم يعلم ذلك ولكن لا يعلم أيضاً أنه غصب فكذلك الجواب ، هكذا [نقل]^(٦) عن جماعة من مشايخ بلخ^(٧) [٥٧٧ / ٢ ج] .

(١٣) في (ب) ، و (ج) « بشراء » .

(١٤) في (ب) « ولما » .

(١) في (ب) ، و (ج) « إذا » .

(٢) في (د) « في طريق الغير » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ج) « عن » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) .

الفصل العاشر

في الأمر بالإتلاف [وما يتصل به] .^(١)

وإذا^(٢) أمر غيره بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ، ولا رجوع له على الأمر ؛ لأن الأمر لم يصح^(٣) ، وفي كل موضع لم يصح الأمر فالضمان على المأمور من غير رجوع .
أما^(٤) [الجابي]^(٥) إذا أمر العَوْن^(٦) بالأخذ ، قال الصدر الشهيد : فيه نظر ، باعتبار الظاهر لا ضمان على [الجابي]^(٧) وإنما^(٨) الضمان على الآخذ ، وباعتبار السعاية يجب الضمان على الجابي ، فيتأمل عند الفتوى ، واختار أنه لا يجب الضمان على الجابي .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) « وما يتصل » .

(٢) في (ب) « إذا » .

(٣) في (ج) « زيادة » : وفي كل موضع لم يصح الأمر فالضمان على الآخذ ولا رجوع له على الأمر ؛ لأن الأمر لم يصح » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « وأما » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « الجاني » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) ، وهذا التصحيح في جميع مواضع ورود الكلمة .

(٦) الجابي : القائم على جمع وجباية الخراج ونحوه ، ومنه الجابي الذي يجمع الماء للإبل ، والفعل منه : جَبَى ، كَرَمَى وَسَعَى .

أساس البلاغة ص (٥١) ، والمغرب ص (٧٥) ، ولسان العرب (١٢٨ / ١٤) القاموس المحيط ص (١٦٣٨) والمعجم الوسيط (١٠٦ / ١) .

والعنوان : لعله من العَوْن وهو الظهير على الأمر ، الواحد والاثنان والجمع ، والمؤنث فيه سواء ، وقد حكى في تكسيره أعوان .

لسان العرب (٢٩٨ / ١٣) ، والقاموس المحيط ص (١٥٧١) ، والمعجم الوسيط (٦٣٨ / ٢) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (ج) « الجاني » ، والتصويب من (ج) .

(٨) في (ب) « وأما » .

وفي الجابي إذا أرى^(١) العوان بيت صاحب الملك فلم^(٢) يأمره بشيء ، والشريك إذا أرى^(٣) العوان بيت الشريك حتى أخذ المال واتخذ من بيته رهناً بالمال الذي طولب [به]^(٤) [٢/٤٥٥/١] لأجل ملكه ، وضاع [الرهن]^(٥) ، فالشريك والجابي لا يضمنان [٦/٣٨/هـ] بلا شبهة ، والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأنه لم يوجد بينهما أمر ولا حمل ، ودفع العوان في الجملة ممكن بطريقة ، فأما دفع السلطان فغير ممكن^(٦) .

وإذا أمر الرجل غيره أن يذبح^(٧) له هذه الشاة ، وكانت الشاة لجاره^(٨) ضمن الذابح علم أن الشاة لغير^(٩) الأمر أو لم يعلم . وهل يرجع بالضمنان على الأمر؟، إن علم أن الشاة لغير الأمر حتى علم أن الأمر لم يصح لا يكون [له]^(١٠) حق الرجوع . وإن لم يعلم حتى ظن صحة^(١١) الأمر رجع^(١٢) . ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة مع أجناسها في شرح كتاب الديات^(١٣) .

في غصب فتاوى أبي الليث: سئل أبو بكر عن رجل جاء بدابة إلى شط نهر

(١) في (د) « رأى » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « ولم » .

(٣) في (د) « رأى » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ب) « طولت » ، والتصويب من (ج) و (د) .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) « المال » والتصويب من باقي النسخ .

(٦) الفتاوى الهندية (١٤٢/٥) .

(٧) في (ب) « وأن » وفي (ج) « بأن » .

(٨) في (ب) « لجان » .

(٩) في (ج) « بغير » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) « صح »

(١٢) في هامش (د) زيادة هي : « وفي الظهيرية رجل أمر رجلاً بذبح شاة مملوكة ثم إن الأمر باعها

قبل أن يذبحها المأمور ضمن قيمتها للمشتري سواء علم بذلك أو لم يعلم ، وليس له أن يرجع على

الأمر بشيء ، علم المأمور أو لم يعلم ؛ لأن الأمر لم يغيره في ذلك » .

(١٣) الفتاوى الهندية (١٤٢/٥) .

ليغسلها وهناك رجل واقف ، فقال الذي جاء بالدابة للرجل الواقف : أدخل هذه الدابة النهر فأدخلها ، وغرقت الدابة وماتت الدابة ، والأمر سائس الدابة^(١) ، إن كان الماء بحال يُدْخِلُ الناس فيه دوابهم للغسل والسقي لا ضمان على أحد ؛ لأن للسائس أن يفعل ذلك بيده ويبد^(٢) غيره . وإن لم يكن الماء بحال يدخل الناس دوابهم فيه فلصاحب الدابة الخيار إن شاء ضمن السائس وإن شاء ضمن المأمور ، هكذا^(٣) ذكر ههنا ، وفيه نظر ، ينبغي أن لا يجب الضمان على الأمر وهو السائس ؛ لأن مجرد الأمر بالإتلاف إنما يوجب الضمان على الأمر إذا كان الأمر هو السلطان ومن^(٤) بمعناه ، فإن ضمن السائس لا يرجع السائس على المأمور ، وإن ضمن المأمور إن كان المأمور لم يعلم أن الأمر سائس^(٥) الدابة حتى ظن صحة الأمر^(٦) رجع على السائس^(٧) .

وفيه أيضا : رجل قال لغيره : خَرَّقَ^(٨) ثوبي هذا ، أو ألقه^(٩) في الماء ففعل المأمور ذلك فلا ضمان عليه ؛ لأنه فعل بأمره ولكنه يَأْتِمُ لأنه إضاعة المال بلا فائدة^(١٠) . في العيون : قال لآخر : احفر^(١١) لي بابا في هذه الحائط ففعل ، فإذا الحائط لغيره

(١) سائس الدابة هو : مُرَوِّضُ الدابة ومدرِّبها والقائم عليها ، والجمع : ساسة وسُؤَّاس .

المغرب (٢٣٩) ، والمعجم الوسيط (٤٦٢/١) .

(٢) في (جـ) « ويد » .

(٣) في (جـ) « وهكذا » .

(٤) في (جـ) « أو من » .

(٥) في (جـ) « ليس » .

(٦) في (جـ) « إلا » .

(٧) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٠) ، والفتاوى الهندية (١٤٢/٥) .

(٨) في (جـ) « حرق » .

(٩) في (جـ) « أو المر » .

(١٠) الفتاوى الهندية (١٤٣/٥) .

(١١) في (جـ) « افر » .

ضمن الحافر؛ لأنه أتلف^(١) ملك الغير ، ويرجع على الأمر، لأن الأمر قد صح الأمر بزعمه فإنه قال : احفر لي . وإنه يدل على كونه مالكا .
وكذلك إذا قال : احفر في حائطي^(٢) . أو لم يقل ذلك ، ولكن كان ساكنا في تلك^(٣) الدار ؛ لأنه من علامات الملك . [وكذلك إذا استأجره على ذلك ؛ لأنه من علامات الملك]^(٤) أيضا^(٥) ، ولو لم يقل : في حائطي^(٦) ، ولم يكن ساكنا في تلك الدار ولم يستأجره على ذلك . فلا رجوع له على الأمر ؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه^(٧) ^(٨) .

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « احفره في حائط » .

(٣) في (ج) « ذلك » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) في (ج) زيادة بعدها هي : « ولو لم يقل لي ولم يقل في حائطي ولم يكن ساكنا في ذلك

الدار ؛ لأنه من علامات الملك أيضا^٩ . وهي عبارة مكررة مع سياطي بعدها مباشرة^(١٠) .

(٦) في (ب) « ولو لم يقل : لي ، ولم يقل حائطي » .

(٧) في (د) زيادة هي : « وهذه المسألة تخالف مسألة ذبح الشاة التي تقدم ذكرها ، والله أعلم

» . وأشار إلى نقلها من الذخيرة .

(٨) عيون المسائل (٢ / ٢٢٧) ، والفتاوى الهندية (١٤٣ / ٥) .

الفصل الحادي عشر

في زراعة الأرض المغصوبة والبناء فيها

في فتاوى أبي الليث : غصب من آخر أرضا وزرعها ونبت^(١) فلصاحبها أن يأخذ الأرض ويأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغاً^(٢) للملكه ، فإن أبى أن يفعل فللمغصوب منه أن يفعل ما لو رفع إلى الحاكم كان يفعله ، - يريد به : أن للمغصوب منه أن يقلعه بنفسه^(٣) .-

في العيون : غصب من آخر أرضا وزرعها حنطة ثم اختصما ، وهي بذر لم ينبت بعد ، فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركها حتى ينبت ثم يقول له : اقلع زرعك . وإن شاء أعطاه مازاد البذر فيه . وطريق معرفة ذلك ما روى هشام عن محمد : أنه^(٤) يقوم الأرض وليس فيها بذر وتقوم^(٥) وفيها بذر فيضمن فضل ما بينهما .

وروى المعلى عن أبي يوسف : أنه يعطيه مثل بذره ، والمختار : أنه يقوم الأرض غير مبذور فيها ، وتقوم^(٦) وهي مبذور فيها بذراً لغيره حق القلع ففضل ما بينهما قيمة بذر مبذور في أرض الغير ، لذلك الغير حق القلع^(٧) .

وفي المنتقى : المعلى في نوادره : عن أبي يوسف : أرض بين رجلين ، زرعها أحدهما بغير إذن شريكه فتراضيا^(٨) على أن يعطي غير الزارع^(٩) نصف البذر ويكون الزرع

(١) في (ج) « ونبت » .

(٢) في (ب) « تعريفاً » .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٠) ، والفتاوى الهندية (١٤٣ / ٥) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ب) « ويقوم » .

(٦) في (ب) ، و (د) « يقوم » .

(٧) عيون المسائل (٢ / ٢٢٦) ، والفتاوى الهندية (١٤٣ / ٥) .

(٨) في (ج) « وتراضيا » .

(٩) تكررت الكلمة في (ج) .

بينهما نصفين ، قال : إن كان ذلك منهما بعد ما نبت الزرع فهو جائز ، وإن كان قبل أن ينبت لا يجوز؛ لأن غير الزارع يصير مشترياً نصف الزرع، وشراء الزرع قبل النبات لا يجوز . وإن كان الزرع قد نبت فأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع [فإن الأرض تقسم ^(١) بينهما نصفان فما أصاب الذي لم يزرع من الأرض قلع مافيها من الزرع] ^(٢) ويضمن ^(٣) له الزارع ما دخل أرضه من نقصان [القلع] ^(٤) ^(٥) .

غصب تالة من أرض إنسان، وزرعها في ناحية أخرى من تلك الأرض فكبرت التالة وصارت شجرة ، فالشجرة للغارس ، وعليه قيمة التالة لصاحبها يوم غصبها ، ويؤمر الغارس بقلع الشجرة .

وكذلك لو غرس تالة نفسه في أرض غيره فلصاحب الأرض أن يأخذ ^(٦) بقلعها ، فإن ^(٧) كان القلع يضر بالأرض أعطاه [صاحب الأرض] ^(٨) قيمة [شجرته ، ولكنه تقوم ^(٩) مقلوعة كذا قيل ، وعلى قياس مسألة الزرع الذي تقدم ذكرها يمكن أن ^(١٠) يقال : أعطاه صاحب الأرض قيمة ^(١١) شجرة لغيرها حق القلع ^(١٢) .

(١) في (ب) « تقسم » ، وفي (ج) غير منقوطة .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ب) « تضمن » .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) « الزرع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) بدائع الصنائع (٧ / ١٦٨) ، وتكملة المسألة منه هي : فإن نبت الزرع ، وطلب الذي لم يزرع القسمة قُسم وأمر الذي زرع أن يقلع ما في نصيب الشريك ؛ لأن نصيبه مشغول بملكه فيجب على تفريره وتضمينه نقصان الزراعة . والله أعلم .

(٦) في (ج) « يأخذه » .

(٧) في (ج) « وإن » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) في (ب) « يقوم » ، وسقطت من (ج) .

(١٠) في (ج) « أن يمكن » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) فتاوى قاضيخان (٣ / ٢٥٤) ، والبحر الرائق (٨ / ١٢٧) .

وفي فتاوى الفضلي^(١): رجل زرع أرض نفسه فجاء آخر وألقى بذره في تلك الأرض ، وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض ، أو لم يقلب وسقى الأرض حتى نبت البذران^(٢) فالنابت يكون للثاني عند أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن خلط الجنس بالجنس^(٣) عنده استهلاك وللأول على الثاني قيمة بذره ، ولكن مبذوراً في أرض نفسه، فيقوم الأرض [٣٩/٦ هـ] ولا بذر فيها ويقوم وفيها بذر فيرجع بفضل ما بينهما . فإن جاء الزارع الأول وهو صاحب الأرض فألقى^(٤) فيها بذر نفسه مرة أخرى وقلب الأرض قبل أن ينبت البذران^(٥) ، أو لم^(٦) يقلب [ولكن سقى]^(٧) الأرض ونبت^(٨) البذر^(٩) كلها فجميع ما ينبت لصاحب الأرض ، وعليه : للغاصب مثل بذره ولكن مبذوراً^(١٠) في أرض غيره ، هكذا ذكر [في فتاوى الفضلي]^(١١) ، ولم يشع الجواب . والجواب^(١٢) المشيع : أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره مبذوراً في أرض نفسه، ثم يضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين^(١٣) لكن مبذوراً في أرض الغير؛ لأن الإلتاف [٢/٤٥٦ أ] كذلك . وردَ هذا كله إذا لم يكن الزرع نابتاً . فأما إذا نبت زرع المالك فجاء رجل وألقى بذره وسقى ، فإن لم يقلب حتى نبت الثاني

(١) في (ب) « الفضل » .

(٢) في (ب) « البذر » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « وألقى » .

(٥) في (ب) « أن ينبت الأرض البذر » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « فسقى » ، وفي (ب) « وسقى » ، والتصويب من (ج) .

(٨) في (ب) « فنبت » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « البذور » .

(١٠) في (ب) « ولا مبذوراً » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٢) سقط من (ب) .

(١٣) في (ب) « البذر » .

[فالجواب كما قلنا ، وإن كان قلب فإن كان الزرع النابت إذا قلب نبت مرة أخرى ^(١)]
 فالجواب كما قلنا . وإن كان لا ينبت مرة أخرى ، [فمانبت] ^(٢) فهو للغاصب [٣ /
 ٢٧٢ د] ، ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتاً ؛ لأن الإلتلاف ^(٣) كذا ورد ^(٤) .
 وفي ^(٥) النوازل : غصب أرضاً ، وبنى فيها حائطاً ، فجاء صاحب الأرض وأخذ
 الأرض فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط ، فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه
 الأرض ليس له النقض ^(٦) ويكون لصاحب الأرض لأنه لو نقض صار تراباً كما كان
 فيكون عليه تركه فلا يفيد النقض ، وإن بنى الحائط لا من تراب هذه الأرض فله النقض ؛
 لأنه لو نقض لا يكون عليه تركه ؛ بل يكون له النقل فكان النقض مفيداً ^(٧) .
 وفي فتاوى أهل سمرقند : بنى رجل حائطاً في كرم رجل بغير أمره فإن لم يكن
 للتراب قيمة [فالحائط لصاحب الكرم والبناني معين ؛ لأنه لم يصير غاصباً للتراب . وإن
 كان للتراب قيمة] ^(٨) فالحائط للبناني ، وعليه قيمة التراب ؛ لأنه صار غاصباً للتراب فصار
 ضامناً . [والله أعلم] ^(٩) ^(١٠) .

(١) مابن المعقوفين سقط من (ج) .

(٢) مابن المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) في (د) « لأن الإلتلاف منه » .

(٤) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم (١٤١) ، وفتاوى الهندية (١٤٣ / ٥) ، والبحر الرائق (١٢٧ / ٨) .

(٥) في (ب) ، و (ج) « في » .

(٦) سقط من (ج) .

(٧) فتاوى أبي الليث ، للوحة رقم (٢١٣) ، وفتاوى قاضيخان (٢٤١ / ٣) .

(٨) مابن المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) مابن المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) ، و (د) ولله الحمد .

(١٠) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم (١٤١) ، فتاوى قاضيخان (٢٤١ / ٣) ، وفتاوى الهندية

(١٤٣ / ٥) ، والبحر الرائق (١٣٢ / ٨) .

الفصل الثاني عشر

فيما يلحق العبد الغصب فيجب على الغاصب ضمانه .

قال القدوري في كتابه : غصب من آخر عبداً أو جارية فأبق في يد الغاصب ولم يكن أبق قبل ذلك ، أو زنت أو سرقت ولم تكن فعلت ذلك قبله^(١) ، فعلى الغاصب ما انتقص بسبب السرقة والإباق وعيب الزنا ؛ لأن هذه العيوب من الأمة^(٢) توجب^(٣) نقصان القيمة ، والواجب^(٤) على الغاصب أن يرده على الوجه الذي غصبه [فيلزمه نقصان ذلك ليحصل الرد على الوجه الذي غصبه]^(٥) معنى ، وكذلك كل^(٦) ما حدث في يد الغاصب مما ينقص القيمة من عور أو شلل^(٧) أو ما أشبه ذلك كان مضمونا عليه ، فيقوم العبد صحيحاً ، ويقوم وبه العيب فيأخذه ويرجع بفضل ما بينهما . وإن أصابته حمى في يد الغاصب ، أو أصابه بياض في عينه [ثم رده]^(٨) على المولى ورد معه الأرض^(٩) ثم ذهب الحمى وزال البياض فللغاصب أن يرجع على المولى بالأرض . وإن حبلى عند الغاصب من الزنا فردها على المولى كذلك ، فإنه يرد معه^(١٠) النقصان ، فينظر إلى أرض

(١) في (ج) « قبل ذلك » .

(٢) في (ب) « من لازمه » . وفي (ج) « لازمه » .

(٣) في (د) ، و (ج) « يوجب » .

(٤) في (ج) « فالواجب » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ج) « شال » .

(٨) في (ج) « لم يرده » .

(٩) الأرض : اسم للمال الواجب في الجنابة على مادون النفس وأرض الجراحة : دينها ، ويطلق على مانقص العيب من الثوب وغيره ؛ لأن سبب للأرض .

مجمل اللغة ص (٤٩) ، والمغرب ص (٢٣) ، والمصباح المنير (١٢ / ١) ، والقاموس المحيط

(٧٥٣) ، وأنيس الفقهاء ص (٢٩٥) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣ / ١٠٤) .

(١٠) في (ج) « معها » .

عيب الزنا وإلى ما نقصها الحبل فيضمن الأكثر من ذلك ويدخل الأقل في الأكثر. وهذا استحسان أخذ به أبو يوسف، فإن^(١) السبب متحد وهو الزنا فيتعذر الجمع بين [الضمانين]^(٢) ويدخل الأقل في الأكثر.

والقياس: أن يضمن الأمرين جميعاً، وهو قول محمد؛ لأنهما عيبان مختلفان . فإن ولدت في يد المالك وسلمت من الولادة، فالمروي عن أبي يوسف أنه ينظر إلى أرش الحبل وإلى أرش عيب الزنا، فإن كان عيب^(٣) الزنا أكثر لا يرد شيئاً وإن كان أرش الحبل أكثر رد الفضل عن أرش عيب الزنا؛ لأن عيب الزنا ثابت، وقد ذهب عيب الحبل . وإن^(٤) ماتت من الولادة وبقي ولدها [٢ / ٥٢ / ب] فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - ضمن الغاصب جميع قيمتها . وعلى قولهما: ضمن نقصان الحبل خاصة . هكذا ذكر القدوري^(٥) .

وفي المنتقى: عن محمد: أن الجارية تقوم^(٦) غير حامل ولا زانية، وتقوم^(٧) وهي حامل زانية فيرجع بفضل ما بينهما^(٨) .

ولو حبلت عند الغاصب من زوج قد كان لها في يدي المولى فلا ضمان على الغاصب في ذلك بحال؛ لأن ذلك من تسليط المولى الزوج عليه، فأشبه فعل المولى . ولو أحبلها^(٩) المولى بنفسه في يد الغاصب لا ضمان على الغاصب في ذلك كذا^(١٠)

(١) في (ج) « لأن » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « الصحابة » ، وفي (ب) « أن صحابه » ، وفي (ج) « الضمانين » ، وهو الأصوب ، ولذا أثبتته . وانظر : بدائع الصنائع (١٥٧ / ٧) .

(٣) في (د) « أرش عيب » .

(٤) في (ج) « فإن » .

(٥) المبسوط (١٠٧ / ١١) ، و بدائع الصنائع (١٥٥ / ٧) ، والفتاوى الهندية (١٤٥ / ٥) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « يقوم » .

(٧) في (ب) « ويقوم » .

(٨) المبسوط (١٠٧ / ١١) ، والفتاوى الهندية (١٤٥ / ٥) .

(٩) في (ج) « أحبل » .

ههنا^(١).

ولو حمت في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت في يد المولى بالحمى^(٢) التي كانت في يد الغاصب لم يضمن الغاصب إلا ما نقصها الحمى ؛ لأن الموت إنما يحصل بزوال القوى ، وذلك مرادف^(٣) الآلام فلم يكن الموت حاصلًا بسبب كان في ضمان الغاصب ، وإنما الحاصل في ضمانه نقصان الحمى فيضمن قدر نقصان الحمى لهذا . ولو غصب جارية محمولة أو حبلى أو^(٤) بها جراحة^(٥) أو مَرَضٌ فماتت من ذلك في يد الغاصب فهو ضامن قيمتها وبها ذلك المرض^(٦) .

ولو قَتَلَ العبدُ المَغْصُوبُ في يد الغاصب قتيلاً حراً أو عبداً أو جنى^(٧) جناية فيما دون النفس يخير المولى بين الدفع والفداء^(٨) ، ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته^(٩) ومن أرش الجناية^(١٠) .

وإن استهلك مالا وخوطب المولى بالبيع والفداء^(١١) رجع بالأقل من قيمته ومما أدى عنه من الدين^(١٢) .

(١٠) في (ج) « كذلك » .

(١) بدائع الصنائع (٧ / ١٥٦) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٥) .

(٢) في (ج) « من الحمى » .

(٣) في (ب) « يرادف » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ب) « خراجه » .

(٦) الميسوط (١١ / ١٠٧) ، و بدائع الصنائع (٧ / ١٥٧) .

(٧) في (ب) « وجنى » .

(٨) في (ج) « يخير المولى إن شاء دفع أو فداء » .

(٩) في (ب) « قيمة » .

(١٠) بدائع الصنائع (٧ / ١٥٥) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٦) .

(١١) في (ج) « بالبيع أو الفداء » .

(١٢) بدائع الصنائع (٧ / ١٥٥) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٤٦) .

وإن غصبه وقيمته ألف درهم، فصار قيمته بعد ذلك ألفي درهم ثم قتله قاتل في يد الغاصب، فالمولى بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم، ويرجع^(١) الغاصب على القاتل بألفي درهم ويتصدق بالألف الزائدة، وإن شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل ألفي درهم ولا يرجع القاتل على الغاصب [بشيء] ^(٢) ^(٣). ولو قتل العبد نفسه في هذه الصورة يضمن^(٤) الغاصب قيمته يوم^(٥) الغصب ألف درهم، ولا يضمن قيمته يوم القتل؛ لأن قتل الإنسان نفسه لا يتعلق به حكم فصار كموته، [والله أعلم] ^(٦) ^(٧).

(١) في (ج) « يرجع » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) الميسوط (٧٢ / ١١) ، و بدائع الصنائع (١٦٥ / ٧) .

(٤) في (ج) « ضمن » .

(٥) في (ب) « لأم » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٧) بدائع الصنائع (١٥٥ / ٧ ، ١٦٥ / ٧) ، والفتاوى الهندية (١٤٦ / ٥) .

الفصل الثالث عشر

في غاصب الغاصب ومودع الغاصب

يخير المالك بين تضمين الغاصب وبين تضمين غاصب الغاصب ، وكذلك^(١) يخير بين تضمين الغاصب وبين تضمين مودعه^(٢) ؛ لأن كل واحد منهما متعدي في حقه ، فإن أراد المالك أن يضمن كل واحد منهما^(٣) نصف قيمة المغصوب فله ذلك .

ذكر^(٤) شيخ الإسلام في باب « الرهن يوضع على يدي عدل » : وإذا ضمن المالك أحدهما ؛ إما الغاصب^(٥) وإما غاصب الغاصب أو مودعه برئ الآخر عن الضمان ، وأما إن^(٦) اختار [٤٥٧ / ٢ / أ] تضمين أحدهما ولم يضمه بعد ، فهل^(٧) يبرأ الآخر عن الضمان ؟ ، ففيه^(٨) روايتان : [فإن ضمن الغاصب الأول رجع على الغاصب الثاني]^(٩) ، وإن ضمن الغاصب الثاني فالغاصب الثاني لا يرجع على الغاصب الأول . وإن ضمن مودع الغاصب ؛ إن لم يعلم المودع بكون المال غصباً رجع بما ضمن على الغاصب المودع . [وإن علم بذلك]^(١٠) ذكر شيخ الإسلام أنه لا يرجع . وذكر شمس الأئمة الحلواني أن فيه

(١) في (ج) « وكذا » .

(٢) في (ج) « المودع الغاصب » .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) في (ب) « ذكره » .

(٥) في (ب) « إما لغاصب » .

(٦) في (ج) « إذا » .

(٧) في (ج) ، و (د) « هل » .

(٨) في (ج) « فيه » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ج) وفيها : « فيه روايتان ، وفي بعض النسخ : برئ الآخر عند أبي

حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

شبهة اختلاف^(١) الرواية^(٢) .

في المنتقى : ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا اختار [٦ / ٤١ / هـ] المغصوب منه تضمين^(٣) الغاصب الأول ورضي به الغاصب الأول أو لم يرض إلا أن القاضي قضى له بالقيمة على الأول فليس له أن يرجع عن ذلك ويضمن به الثاني^(٤) [وإن لم يرض به الأول]^(٥) ، ولم يقض القاضي بالقيمة للمغصوب منه على الأول كان له أن يرجع عن ذلك ويضمن الثاني^(٦) ، فإن اختار تضمين^(٧) الأول فلم يعطه الأول شيئا وهو معدم فالقاضي [يأمر]^(٨) الأول بقبض ماله على^(٩) الثاني ويدفع ذلك إلى المغصوب منه فإن أبي الأول ذلك فمولى العبد إذا أحضرهما قبلت منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول حتى يؤخذ^(١٠) ذلك من الثاني فيقبضه المغصوب منه ، قال : وهذا بمنزلة رجل له على رجل دين وللمطلوب على رجل آخر دين^(١١) .

وفيه أيضا : ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - في رجل غصب من آخر عبدا فقتله قاتل في يد الغاصب ، واختار^(١٢) المالك تضمين

(١) في (د) « فيه اختلاف شبهة » .

(٢) الجامع الصغير ص (٢٢٥) ، والمبسوط (٧٤ / ٢١) ، و بدائع الصنائع (١٤٤ / ٧) .

(٣) في (ج) « يضمن » .

(٤) في (ب) « وتضمن الثاني » ، وفي (ج) « ويضمن الثاني » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، والتصويب من (ب) ، و (د) ، و (هـ) .

(٧) في (ج) « يضمن » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « بالأمر » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ج) « عن » .

(١٠) في (ج) « يوجد » .

(١١) الفتاوى الهندية (١٤٧ / ٥) .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « فاختار » .

أحدهما : لاسبيل [له] ^(١) على الآخر . وقال أبو يوسف : له أن يضمن ^(٢) ما لم يقبض القيمة من الذي اختار تضمينه .

قال : وإن ^(٣) أبرأ الغاصب فهو بريء ولا يرجع عليه بعد الإبراء بشيء ، وإن أبرأ القاتل فله أن يعود فيما أبرأه منه ويأخذ منه ^(٤) قيمة عبده ؛ لأن ذلك يؤخذ منه على كل حال ، ألا ترى ^(٥) أن المولى إذا أبرأ القاتل كان للغاصب أن يضمن القاتل . ولو أبرأ الغاصب على أنه إن لم يأخذ القيمة من القاتل رجع ^(٦) على الغاصب فله أن يعود ويضمنه .

عن ابن سماعة : أنه كتب إلى محمد [بن الحسن] ^(٧) في رجل غصب من آخر عبدا وقتله في يده [قاتل] ^(٨) خطأ ، واختار المولى اتباع الغاصب بنصف قيمة العبد حالا ، واتباع عاقلة القاتل بنصف القيمة ^(٩) مؤجلا ، [فأجاب : أن] ^(١٠) له ذلك ^(١١) .

غاصب الغاصب ومودع الغاصب يبرءان بالرد على المالك . وكذا يبرءان بالرد على الغاصب إلا رواية ^(١٢) عن أبي يوسف . وكذلك إن كان المودع صبيا محجورا ، وكذلك إن كان رب الوديعة صبيا أو عبدا ؛ لأن المسقط للضمان في حق المودع رده إلى من

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) « تضمن » ، وفي (جـ) « يضمن الآخر » .

(٣) في (ب) « و » (جـ) « فإن » .

(٤) سقط من (د) .

(٥) في (ب) « ألا يرى » .

(٦) في (جـ) « يرجع » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (د) « قيمة العبد » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (جـ) .

(١١) الفتاوى الهندية (١٤٧/٥) .

(١٢) في (ب) « إلا في رواية » .

أخذه^(١) منه وذلك متحقق . وإن كان المستودع دفعها إلى إنسان بأمر الغاصب كان للمغضوب منه [أن يضمنه ؛ لأن في الفصل الأول إنما برئ عن الضمان لأنه رده إلى من أخذ^(٢) منه] ^(٣) [٥٧٨ / ٢ ج] فانتسخ حكم فعله ، أما ^(٤) «هنا»^(٥) ما رده إلى من أخذ منه إنما رده إلى غيره وذلك سبب الضمان فافترقا .

وفي فتاوى أبي الليث : غصب رجل من رجل مالاً فغصب [من] ^(٦) ذلك المال [غريم] ^(٧) للمغضوب منه . قال أبو نصر : كان نصير يقول : يبرأ الغاصب الأول . وكان محمد بن سلمة يقول : للمغضوب منه الخيار ^(٨) . قال الصدر الشهيد : هو المختار على ما يأتي بيانه [٢٧٣ / ٣ د] في المسألة التي تلي هذه المسألة . فإن ضمن الثاني صار قصاصاً بدينه وبرئ الأول ، وإن ضمن الأول لا يبرأ الثاني ^(٩) .

وفي فتاوى أهل سمرقند : رجل له على [آخر] ^(١٠) دين فأخذ من ماله مثل حقه ، قال أبو نصر محمد بن سلام : يصير غاصباً ويصير ما أخذ قصاصاً بما عليه ؛ لأنه أخذ بغير إذنه . قال الصدر الشهيد : والمختار : أنه لا يصير غاصباً ؛ لأنه أخذ بإذن الشرع ، لكن يصير مضموناً عليه لأن طريق قضاء الدين هذا ^(١١) .

فلو أخذ ذلك غير صاحب الدين ودفعه إلى صاحب الدين ، قال محمد بن سلمة :

(١) في (ب) ، و (ج) « أخذ » .

(٢) في (ج) « أخذه » .

(٣) ما بين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ج) « وهنا » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) غرم ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٨) في (ج) « المغضوب منه بالخيار » .

(٩) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١١) ، و فتاوى قاضيخان (٢٥٨ / ٣) .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) ، « الآخر » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٣) ، و فتاوى قاضيخان (٢٥٧ / ٣) .

المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الآخذ وإن شاء ضمن صاحب الدين؛ لأن الأول غاصب ، والثاني غاصب أو غير غاصب [لكنه]^(١) مضمون عليه ، فإن اختار تضمين الآخذ لم يصير قصاصاً بدينه . وإن اختار تضمين صاحب الدين صار قصاصاً بدينه [قال نصيرين يحيى : لا خيار له ، يصير قصاصاً بدينه]^(٢) لأن الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذ حقه^(٣) [والله تعالى أعلم]^(٤).

-
- (١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « لكن » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .
 - (٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
 - (٣) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٣) ، وفتاوى قاضيخان (٢٥٨ / ٣) .
 - (٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

الفصل الرابع عشر

في غصب الحر والعبد^(١) [والمدير]^(٢) والمكاتب [وأم الولد]^(٣)

في المنتقى : ابن سماعة [عن محمد]^(٤) : في رجل خدع امرأة رجل أو ابنته وهي صغيرة أخرجها^(٥) من منزل أبيها أو زوجها ، قال : أحبسها حتى يأتي بها أو يعلم حالها^(٦) .

وفيه أيضا : عن أبي يوسف رجل سرق صبيا فسرق من يده ولم يستين^(٧) له موت ولا قتل^(٨) لم يضمن^(٩) ، ولكنه يحبس حتى يأتي به أو يعلم بحاله^(١٠) .

وفي القدوري : لو غصب صبيا حرا من أهله فمرض فمات^(١١) في يده فلا ضمان عليه ؛ لأن الحر ليس بمحل للغصب حتى يجب الضمان بصورة هذا الفعل فلا يضمن^(١٢) بالمول ؛ لأنه أمر مجبور عليه^(١٣) لا صنع فيه لأحد^(١٤) . ولو عقره سبع في يده أو نهشته

(١) سقط من (ب) ، و(ج) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و(د) ، والتصويب من (ب) ، و(ج) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و(ب) ، و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) ، و(ج) « وأخرجها » .

(٦) فتاوى قاضيخان (٢٤٣/٣) ، والفتاوى الهندية (١٤٨/٥) ..

(٧) في (ب) « يستثنى » .

(٨) في (ب) « له موت ولا قتل » ، وفي (ج) « لهم موته وإلا قتله » .

(٩) في (ب) « لا يضمن » .

(١٠) الفتاوى البرازية (١٧٦/٦) ، والفتاوى الهندية (١٤٨/٥) .

(١١) في (ج) « ومات » .

(١٢) في (ج) « ولا يضمن » .

(١٣) سقط من (ج) .

(١٤) في (ج) « لا صنع لأحد فيه » .

حية فمات فعلى عاقلة الغاصب الدية . وكذلك لو وقع عليه حائط أو وقع في بئر كان على عاقلة الغاصب الدية . ولو قتل هنا الصبي رجلاً خطأ في يد الغاصب فلأولياء الصبي أن يتبعوا عاقلة أيهما شاءوا فإن ضمنوا عاقلة الغاصب رجعوا على عاقلة القاتل . وإن قتل [٢ / ٤٥٨ / أ] الصبي نفسه فديته على عاقلة الغاصب ولا يرجعون^(١) بها على عاقلة الصبي . وكذلك لو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك . وكذلك لو أركبه دابة فألقى نفسه منها ، وهذا كله^(٢) قول أبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد : لا ضمان على الغاصب بجناية الصبي [٦ / ٤٢ / هـ] على نفسه^(٣) .

ولو قتل رجل هذا الصبي عمداً في يد الغاصب فلأولياء^(٤) أن يتبعوا القاتل فيقتلوه وعند ذلك يبرأ الغاصب ، وإن شاءوا اتبعوا عاقلة الغاصب بالدية ، ورجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً^(٥) .

ولو قتل هذا الصبي إنساناً في يد الغاصب فردده على [الولي]^(٦) وضمن عاقلة الصبي الدية ، لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء^(٧) لأنهم لو رجعوا [على الغاصب]^(٨) لرجعوا بحكم الغصب ، والحر لا يضمن بالغصب^(٩) . ولو غصب مديراً

(١٥) في (ج) « لاصنع لأحد فيه » .

(١) في (ب) ، و (د) « ولا يرجعوا » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) الجامع الصغير ص (٤٢٠) ، والمبسوط (١٨٦ / ٢٦) ، و بدائع الصنائع (١٤٦ / ٧) ، و (١٦٦ / ٧) .

(٤) في (ب) « فلأولياؤه » .

(٥) بدائع الصنائع (١٦٧ / ٧) ، والفتاوى الهندية (١٤٩ / ٥) .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) « المولى » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) المبسوط (١٨٦ / ٢٦) ، و بدائع الصنائع (١٦٧ / ٧) .

حنيفة - رحمه الله وعندهما يضمن^(١) . ولو غصب مكاتبا ومات في يده ضمن^(٢) بلا خلاف ، كما لو غصب مديرا^(٣) ^(٤)

(١١) في (ب) ، و (ج) « لم يضمن في قول » .

(١) في (ج) بعد « يضمن » : « ولو غصب مكاتبا ومات في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن » ، والعبارة مكررة .

(٢) في (ج) « يضمن » .

(٣) في (ب) بعد « مديراً » : « ولو غصب أم ولد ومات في يده ضمن ، ولو غصب أم ولد ومات في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة وعندها يضمن ، ولو غصب مكاتبا ومات في يده ضمن بلا خلاف كما لو غصب مديراً » ، والعبارة مكررة .

(٤) الجامع الصغير ص (٢٩٦) ، و بدائع الصنائع (١٦٧ / ٧) .

الفصل الخامس عشر

في المتفرقات

وإذا باع الغاصب المغصوب من رجل وأجاز المالك بيعه صحت الإجازة إذا استجمعت الإجازة شرائطها ، [وهي] ^(١) : قيام البائع والمشتري والمعقود عليه ، وأن يكون الإجازة قبل الخصومة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ولا يشترط قيام الثمن في ظاهر الرواية إذا كان البيع بالدراهم والدنانير ^(٢) ^(٣) .

وإن كان المالك قد خاصم الغاصب في المغصوب وطلب من القاضي أن يقضي له بالملك ثم أجاز البيع فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا تصح ^(٤) إجازته . هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام خواهر زاده .

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه : أن ^(٥) الإجازة صحيحة في ظاهر الرواية ، وذكر في النوادر : أنها لا تصح ^(٦) ، فوجه ^(٧) قول أبي يوسف ومحمد : أن الإجازة لاقت عقداً موقوفاً فيصح ^(٨) . كما قبل الخصومة . بيانه : أن الفسخ لم يوجد من المالك نصاً لو ثبت مقتضى الخصومة ، والخصومة كما تكون ^(٩) لاستدامة الملك في ما يخاصم فيكون فسخاً يكون لإثبات الملك لنفسه حتى يجيز العقد فيه ، وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « وهو » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ب) ، و (ج) « أو بالدنانير » .

(٣) المبسوط (٦٢ / ١١) ، والفتاوى الهندية (١٤٩ / ٥) .

(٤) في (د) « أنه لا تصح » ، وفي (ب) ، و (ج) « لا يصح » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « لا يصح » .

(٧) في (ب) « لوجه » .

(٨) في (د) « فتصح » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « يكون » .

- يقول : بأن الإجازة صحيحة قبل الخصومة فتكون^(١) الخصومة لاستدانة الملك لا لصحة الإجازة فثبت استدانة الملك مقتضى الخصومة فيكون ذلك فسخاً للعقد كما لو ثبت استدانة الملك نصاً . فإن كان لا يعلم قيام البيع وقت الإجازة بأن كان قد أبق من يد المشتري [ذكر]^(٢) في ظاهر الرواية أن الإجازة صحيحة . وروي عن أبي يوسف أنها لا تصح . وإن كان الغاصب قد قبض [الثلث]^(٣) وهلك في يده ثم أجاز المالك البيع هلك الثلث على ملك^(٤) المغصوب منه ، اعتباراً للإجازة في الانتهاء بالإذن في الابتداء^(٥) .

ذكر شيخ الإسلام في أول صلح الجامع : إذا قال الرجل لغيره : اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، فسلك وأخذه للصوص لا يضمن . ولو قال : إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن وباقي المسألة [بحالها]^(٦) يضمن^(٧) ، وصار الأصل في جنس هذه المسألة^(٨) : أن الغرور إنما يثبت حق^(٩) الرجوع للمغرور على الغارٍ إذا حصل ذلك في ضمن عقد معاوضة ، أو ضمن الغارُ المغرور صفة السلامة نصاً . وكذلك إذا قال : كل هذا الطعام فإنه طيب فإذا هو مسموم ، فهو على ما قلنا^(١٠) .

نخلة لرجل^(١١) في ملكه خرج سعتها إلى جاره فأراد^(١٢) جاره أن يقطع ذلك ليفرغ

(١) في (ب) ، و (ج) « فيكون » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) المبسوط (٦٢ / ١١) ، والفتاوى الهندية (١٥٠ / ٥) .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « بحاله » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ)

(٧) في (ب) « تضمن » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « المسائل » .

(٩) في (ب) « إنما يثبت في حق » .

(١٠) المبسوط (٨١ / ١١) ، وفتاوى قاضيخان (٢٣٧ / ٣)

(١١) في (ب) « نخلة رجل » .

(١٢) في (ب) « فأذار » .

هواه كان له ذلك، هكذا ذكر^(١) محمد - رحمه الله تعالى - .

قال الناطفي في واقعاته : ظاهر لفظ محمد يفيد [٥٣ / ٢ / ب] ولاية القطع^(٢) بغير إذن القاضي ، قيل : وهذا^(٣) على وجهين : إن كان [يمكن]^(٤) تفريغ الهواء بمد السعف إلى النخلة والشد عليها ليس أن يقطع ولو قطع يضمن ، ولكن يطلب من صاحبه أن يمد السعف إلى النخلة ويشد عليها بالحبل ويلزمه القاضي ذلك [إن لَجَّ]^(٥) .

وكذلك إذا أمكنه [مدُّ]^(٦) بعض السعف إلى النخلة والشد عليها ليس له أن يقطع ذلك البعض . فأمّا إذا لم [يمكن]^(٧) تفريغ الهواء إلّا بالقطع فالأولى أن يستأذن صاحب النخلة حتى يقطع^(٨) بنفسه أو يأذن له بالقطع فإن استأذن وأبى يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القطع . فإن لم يفعل [الجار]^(٩) شيئاً من ذلك ولكن قطع بنفسه^(١٠) ابتداء ، فإن قطع من موضع لا يكون القطع من موضع آخر أعلى منه أو أسفل أنفع للمالك لا يضمن ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح^(١١) . وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح^(١٢) : أنه إذا أراد القطع فإنما يقطع في ملك نفسه ،

(١) في (ج) « ذكره » .

(٢) في (ب) « يفيدون أنه القطع » .

(٣) في (ج) « وقيل : هذا » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « من » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) « يكن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) في (ب) « النخلة حتى النخلة حتى يقطع » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « للجار » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) « للجار » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) « بنفسها » .

(١٢) في (ب) و (ج) « أيضا » .

ولا يكون له أن يدخل بستان جاره حتى يقطعه . قال - رحمه الله - : وقد قال مشايخنا : إنما ^(١) يكون له أن يقطع من جانب نفسه ، إذا كان قطعه ^(٢) من جانب نفسه مثل قطعه من جانب صاحبه [في] ^(٣) الضرر . أما إذا كان قطعه من جانب [صاحبه أقل ضرراً ليس له أن يقطع ولكن يرفع [الأمر] ^(٤) إلى القاضي ليأمره بالقطع ، فإن لَجَّ وأبى بعث القاضي نائبه ^(٥) حتى يقطعه من جانب] ^(٦) [صاحب] ^(٧) النخلة . ثم في الموضع الذي لا يضمن إذا قطع ^(٨) بنفسه لا يرجع على صاحب النخلة بما أنفق في مؤنة القطع ؛ لأنه كان يمكنه أن يرفع ^(٩) الأمر إلى القاضي حتى يأمره بذلك أو يأمر صاحب النخل فإذا لم يفعل ^(١٠) صار متبرعاً ^(١١) .

أخرج شجرة الجوز جوزات ^(١٢) صغاراً رطبة [١/٤٥٩/٢] فأتلف إنسان تلك الجوزات يضمن نقصان الشجرة ؛ لأن تلك الجوزات وإن لم يكن لها قيمة وليست بمال حتى [لا يضمن] ^(١٣) بالإتلاف لا على الشجرة ، فإتلافها [على الشجرة] ^(١٤) ينقص قيمة

(١) سقط من (ب) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) « من » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و(ب) ، و(د) ، والتصويب من (ج) .

(٥) في (ج) « نائباً » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) في (ج) « قطعة » .

(٩) في (ج) « يرفع » .

(١٠) في (ج) « يقطع » .

(١١) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١٢٠) ، وفناوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٧ ، ٢١٠) ،

والمبسوط (١٥٩/٢٠) .

(١٢) سقط من (ج) .

(١٣) ما بين المعقوفين في (أ) ، و(د) « يضمن » ، والتصويب من (ب) ، و(ج) .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الشجرة، فينظر أن هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشتري ومع تلك الجوزات بكم تشتري فيضمن فضل ما بينها^(١) .

رجل غصب من آخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه فاستحق رجل القميص^(٢) رجع المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب لأن هذا قضاء الملك بسبب حادث من جهة المدعى عليه فلا يظهر أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه . [وكذلك لو غصب حنطة فطحنها فاستحق دقيقها رجع المغصوب منه على الغاصب منه بحنطة مثلها]^(٣) . وكذلك لو غصب لحماً فشواه فاستحق [٦ / ٤٣ / هـ] الشواء فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بقيمة [المغصوب وهو]^(٤) اللحم . ولو كان المستحق أقام البينة أن اللحم كان له قبل أن يشويه ، أو كان الثوب له قبل أن يخطيه ، أو كانت الحنطة له قبل الطحن [٣ / ٢٧٤ / د] لم يرجع المغصوب منه^(٥) على الغاصب بشيء^(٦) ؛ لأن هذا قضاء بالملك من الأصل فتبين أن الغاصب يغصب مال المغصوب منه ، هذه المسائل مع أجناسها في الباب الثامن من بيوع الجامع^(٧) .

حمل^(٨) على حمار غيره شيئاً بغير أمره فتورم ظهر الحمار فشق ربُّ الحمار الورم فانتقص قيمة الحمار فإنه يتلوم بالحمار ؛ إن اندمل من غير نقصان فلا ضمان على الذي حمل^(٩) ، وإن اندمل مع النقصان ينظر إن كان النقصان من الورم ف ضمان ذلك على

(١) فتاوى قاضيخان (٢٥٤ / ٣) ، و الفتاوى الهندية (١٣١ / ٥) .

(٢) في (ج) « وخاطه فاستحقه رجل من يد الغاصب » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، والتصويب من (ب) ، و (د) ، و (هـ) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « شيء » .

(٧) الجامع الكبير ص (٢١٩) ، و الفتاوى الهندية (١٥١ / ٥) .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ج) « غصب » .

الغاصب؛ [لأنه حصل من فعله ، وإن انتقص من الشق فلا ضمان على الغاصب] ^(١) . وكذلك ^(٢) إذا مات كان الجواب كما قلنا . فإن اختلفا فقال صاحب الحمار : الموت كان من الورم ، وقال الغاصب : كان من الشق ؛ فالقول قول الغاصب مع يمينه . في غصب فتاوى أبي الليث ^(٣) .

إذا استهلك رجل أحد مصراعي ^(٤) باب غيره ، أو أحد زوجي [خف] ^(٥) غيره ، أو ما أشبه ذلك كان للمالك أن يسلم الباقي ويأخذ قيمتهما منه . في الجامع في « باب الشئنين اللذين هما كشيء ^(٦) واحد » ^(٧) .

وفي المنتقى : عن أبي يوسف : رجل استهلك فرد نعل لرجل لم يضمن إلا قيمة ما استهلك ، ولا يدفع إليه الأخرى ويضمنهما جميعاً ^(٨) .

قال : وكذلك لو أحرق مصراعاً لرجل أو أحد خفيه قال : أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيها فص قيمته مائة أكنت أضمن الفص والخاتم [لا أضمن] ^(٩) إلا ما استهلك ^(١٠) .

(١) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « وكذا » .

(٣) فتاوى أبي الليث . اللوحة رقم (٢١١) ، و فتاوى قاضيه خان (٢٣٥ / ٣) .

(٤) المصراع من الباب : الشطر ، وهما مصراعان ، والمصراعان من الأبواب ماله بابان منصوبان ينضمّان جميعاً مدخلهما بينهما في وسط المصراعين .

المصباح المنير (١ / ٣٣٨) ، ولسان العرب (٨ / ١٩٩) ، و القاموس المحيط ص (٩٥٢) .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

والخف : بضم الخاء مايلبس في الرجل من جلد رقيق ، والجمع خفاف وأخفاف .

المصباح المنير (١ / ١٧٦) ، ولسان العرب (٩ / ٨١) ، و القاموس المحيط ص (١٠٤١) ،

والمعجم الوسيط (١ / ٢٤٧) .

(٦) في (ب) « اللذين كأنهما شيء » .

(٧) الجامع الكبير ص (٢٤٣) ، و فتاوى قاضيه خان (٣ / ٢٣٨) .

(٨) أي : ولا يكون حكم المسألة : أن يدفع صاحب النعل إلى المستهلك النعل الأخرى فيضمنهما جميعاً .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « ولا أضمن » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

قال ثمة : ولو كسر أحناء سرج^(١) ضمنه ولم يضمن السرج ؛ لأن هذا يخلص منه بلا ضرر . وكل^(٢) شيئين منفردين أو شيء واحد يخلص بعضه عن بعض بلا ضرر مثل أحناء سرج [ودفتيه]^(٣) فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك ولا يضمن غيره^(٤) .

إذا جاء الرجل بالحنطة إلى الطحان ووضعها في صحن الطاحونة وأمر صاحب الطاحونة أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة فلم يدخلها حتى نقب الحائط بالليل ، وسرقت الحنطة ، فإن كان صحن الطاحونة محوطاً بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقى إلا بسلم فلا ضمان ، وإن كان بخلافه وجب الضمان ؛ لأنه في هذا الوجه مضيع ، وفي الوجه الأول ليس بمضيع^(٥) .

في فتاوى أبي الليث : هدم بيت نفسه ، وانهدم من ذلك بيت جاره فلا ضمان^(٦) . في فتاوى أهل سمرقند : إذا دفع إلى القصار ثوباً [ليقصره]^(٧) ، فلف القصار في الثوب^(٨) الخبز ، وذهب به حيث يقصر الثياب فسرق الثوب منه ، فإن لف الثوب على

(١٠) الفتاوى الهندية (١٢٨/٥)

(١) الأحناء : جمع حِنُو ، والحنو : يفتح الحاء وكسرها ، كل شيء فيه اعوجاج أو شبه الاعوجاج ، وحنو الرجل والقَتَب والسرج : كل عود معوج من عيدانه .

المغرب ص (١٣٢) ، ولسان العرب (٢٠٤/١٤) ، والقاموس المحيط ص (١٦٤٨) .

(٢) في (ب) « قال : وكل » .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) « ودفته » ، والتصويب من باقي النسخ .

ودفتي السرج : الدفتين مثني الدَفَة ، وهي الجنب من كل شيء أوصفحته ، والسَّرَج هو رحل الدابة ، والجمع سروج ، لسان العرب (١٠٤/٩) ، و (٢٩٧/٢) ، والقاموس المحيط ص (١٠٤٧) ، و (٢٤٧) ، والمعجم الوسيط (٢٨٩/١) ، و (٤٢٥/١) .

(٤) والفتاوى الهندية (١٢٨/٥)

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، والفتاوى الهندية (١٥١/٥) .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٥) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « ليقصر » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٨) في (ج) « القصار الثوب في الثوب » .

الخبز كما يلف المنديل على ما يجعل^(١) فيه وعقده^(٢) فهو ضامن ؛ لأنه استعمله استعمالاً معتاداً فصار غاصباً . وإن جعل الثوب تحت إبطه ودس فيه الخبز فلا ضمان في هذا الموضع^(٣) .

وفيه أيضاً : الحمّال إذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم يفعل حتى فسد المتاع بمطر أو سُرِق فهو ضامن ، هكذا ذكر؛ قيل : هذا إذا كان السرقة والمطر^(٤) غالباً ؛ لأنه حينئذ^(٥) يكون مضيعاً . وقيل أيضاً : ويشترط مع ذلك أن لا يكون المالك معه حتى إذا كان المالك معه فلا ضمان^(٦) .

وفيه أيضاً : إذا دفع حمولة إلى [جمّال]^(٧) ليحملها إلى بلدة فجاء الجمّال إلى نهر عظيم ، وفي النهر جمد^(٨) كثير يجري ؛ كما يكون في الشتاء فركب الجمّال جملاً من [الجمال]^(٩) ، والجمال الآخر تدخل^(١٠) الماء على إثر هذا الجمل فنفر جمل من [الجمال]^(١١) في الماء من جريان [الجمد]^(١٢) وسقط الجمل في الماء ، قال : إن كان الناس

(١) في (ج) « على ما جعل » .

(٢) في (ب) « وعقده » .

(٣) الفتاوى الهندية (١٥١/٥)

(٤) في (ج) « المطر والسرقة » .

(٥) في (ج) « ح » . وهو اختصار لكلمة « حينئذ » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٠) ، والفتاوى الهندية (١٥٠/٥) .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (ج) ، و (د) كتبت بالحاء المهملة ، في هذا الموضع

وفي المواضع التالية في هذه المسألة مما هو من مشتقات هذه الكلمة ، والتصويب من (هـ) . والجمّال هو : صاحب الجمّال أي الإبل ، مثل الخيّال والحمّار .

لسان العرب (١٢٥/١١) والقاموس المحيط (١٢٦٥) .

(٨) الجَمْدُ : نفتحتين جمع جامد مثل خادم وخدم ويطلق على الثلج ، والماء الجامد .

المصباح المنير (١٠٧/١) ولسان العرب (١٢٩/٣) ، والقاموس المحيط ص (٣٥٠) .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « الأحمال » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(١٠) في (ج) ، و (هـ) « يدخلون » .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) « الأحمال » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

يسلكون في مثل هذا ولا ينكرون جداً فلا ضمان^(١) .

جاء إلى قطار إيل^(٢) [وَحَلَّ]^(٣) بعضها فلا ضمان ؛ لأنه لم يغصب إيلاً^(٤) .

غصب بيضتين فحضرن إحداهما تحت دجاجة له ، وحضنت^(٥) دجاجة أخرى له على البيضة الأخرى [فالفرخان]^(٦) له ، وعليه بيضتان ؛ لأنه استهلك الأولى وهلكت الأخرى في ضمانه^(٧) . ولو كان مكان الغصب ودیعة فالتی حضنت الدجاجة لصاحب البيضة ؛ لأن الأمانة هلكت . في العيون^(٨) .

في مجموع النوازل : رجل غصب من رجل بقرة ، وغصبها آخر من الغاصب ثم سرقها المالك من الغاصب الثاني لعجزه عن استردادها منه مجاهرة . ثم [إن]^(٩) الغاصب الثاني غلب على المالك وغصب البقرة منه فلا خصومة لصاحب البقرة مع^(١٠) الغاصب الأول ؛ لأن عين ما غصب منه الغاصب الأول [قد]^(١١) وصل إليه .

(١٢) مابین المعقوفین فی (أ) ، و (د) « الحمل » ، والتصویب من باقی النسخ .

(١) فتاوی أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٣) ، والفتاوی الهندیة (١٥١ / ٥) .

(٢) قطار الإبل : هو أن تُشَدَّ الإبل على نسقٍ واحدٍ خلف واحدٍ ، وقطر الإبل یقطرها قِطراً ، قَرَّب بعضها إلى بعض على نسقٍ .

المغرب ص (٣٨٧) ، والمصباح المنیر (٥٠٧ / ٢) ، ولسان العرب (١٠٧ / ٥)

(٣) مابین المعقوفین فی (أ) « لیدخل » ، وفي (د) « أحل » ، والتصویب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٤) یُنظر المیسوط (٢٧ / ٤ - ٣) ، والفتاوی الهندیة (١٥١ / ٥) .

(٥) فی (ج) « أوحضنت » .

(٦) مابین المعقوفین فی (أ) ، و (د) « فالفرختان » ، وفي (ب) « فالفروخان » ، وفي (ج) « فالفرقتان » ، وما أثبت من (هـ) ، وهو الأصوب . والله أعلم .

(٧) فی (ب) « فی زمانه » .

(٨) عیون المسائل (٢ / ٢٢٧) ، والفتاوی الهندیة (١٥١ / ٥) .

(٩) مابین المعقوفین سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصویب من (ج) .

(١٠) فی (ج) « على » .

(١١) مابین المعقوفین فی (أ) « وقد » . ، والتصویب من باقی النسخ .

سئل [٢/ ٤٦٠/ ١] قاضي القضاة شمس الإسلام محمود الأوزجندي : عن رجل دفع إلى آخر غلامه مقيداً بالسلسلة ، وقال : اذهب به إلى بيتك مع السلسلة فذهب به بدون السلسلة ، وأبق العبد^(١) ، قال : لا ضمان ؛ لأنه أمره بشيئين وقد أتى بأحدهما^(٢) .

[جزء^(٣)] غنماً بغير إذن صاحبها ، وجعل صوفها [لبوداً ، فإ^(٤)] للبود له ؛ لأنه حصل بصنعه فبعد ذلك ينظر : إن كان جز الصوف لا ينقص^(٥) من قيمة الغنم شيئاً فعليه مثل ذلك الصوف ، وإن كان نقص فهو بالخيار إن شاء ضمنه مثل ذلك الصوف وإن شاء ضمنه ما دخل النقصان في الغنم^(٦) .

في فتاوى أبي الليث : غصب من آخر عبداً أو جارية ، وغاب المغصوب منه ، فجاء الغاصب إلى القاضي ، وطلب [٦/ ٤٤/ هـ] من القاضي^(٧) أن يأخذ المغصوب منه أو يفرض له النفقة ، فحاصل الجواب في هذه المسألة : أن القاضي يفعل ما هو الأصلح فيه في حق الغائب ، فإن كان الأصلح أن يأخذ منه ؛ بأن^(٨) كان الغاصب [مخوفاً يأخذ ويبيعه إن رأى المصلحة في البيع ، وإن كان^(٩)] الأصلح أن يتركه في يد الغاصب تركه^(١٠) .

(١) في (ج) « فأبق العبد » .

(٢) الفتاوى الهندية (٥/ ١٥١) .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « أجر » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٥) في (ج) « لم ينقص » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٧) ، والفتاوى الهندية (٥/ ١٥١) .

(٧) في (ج) « وطلب منه » .

(٨) في (ج) « فإن » .

(٩) ما بين المعقوفين تكرر في (ب)

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) ، والفتاوى الهندية (٥/ ١٥٢) .

حريق وقع في محلة فهدم إنسان دار رجل بغير أمر^(١) صاحبها حتى انقطع الحريق من داره فهو ضامن إذا لم يفعل [٥٧٩/٢ ج] بإذن السلطان ، ولكن لا إثم عليه في ذلك ؛ لأنه هدم ملك الغير بغير إذنه^(٢) . وبغير إذن من يلي عليه ، ولكن يعذر^(٣) فهو^(٤) نظير المضطرب تناول طعام الغير بغير إذنه [٥٧٩/٢ ج] في فتاوى أبي الليث^(٥) .

سفينة حملت عليها حمولات لأقوام ، بعض أرباب الحمولات معها ، فاستقرت السفينة في جزيرة فأخرج بعض الحمولات ليخف^(٦) السفينة ووضعت في الجزيرة ، وضاعت^(٧) الحمولات ، فإن كان لا يخاف الغرق فالذي أخرج الحمولات ضامن ، وإن كان يخاف الغرق ؛ فإن ضاعت الحمولات قبل أن يقع الأمن عن الغرق فلا ضمان . وإن ضاعت بعد ما وقع الأمن فهو ضامن ، وهذا لأن إخراج بعض الحمولات إذا خيف الغرق على السفينة ليس بجناية ، ولكن على الذي أخرج إعادتها^(٨) إلى السفينة بعد ما وقع الأمن من الغرق [فيصير بترك]^(٩) الإعادة في هذه الحالة جانياً ضامناً^(١٠) في فتاوى أهل سمرقند^(١١) .

إذا سقى أرض نفسه وتعدى إلى أرض جاره فلا ضمان على الساقى . وكذلك إذا

(١) في (ج) « إذن » .

(٢) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) ، وفتاوى قاضيخان (٢٢١/٣) .

(٣) في (ج) « تعذر » .

(٤) في (ب) « فهذا » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٠٩) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٣٧) .

(٧) في (د) « لتخف » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « فضاعت » .

(٩) في (ج) « أخرج عاداتها » .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ) « يترك فتصير » ، وفي (د) « بترك فتصير » ، ولكنه أشار إلى

تقدم إحدى الكلمتين على الأخرى . وما أثبت من النسخ الباقية (ب) ، و (ج) .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) « ضامناً جانياً » . ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) واقعات الناطفي اللوحة رقم (١٤٣) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٣)

أحرق كلاً^(١) في أرضه ، وذهبت النار يميناً وشمالاً فأحرق شيئاً لغيره فلا ضمان على الموقد^(٢) هذا هو جواب الكتاب . من^(٣) المشايخ من فرق بين إرسال الماء^(٤) وإيقاد^(٥) النار فقال : من طبع النار الخمود والتعدي بفعل الريح ونحوه فلا يضاف إلى فعل الموقد ، ومن طبع الماء السيلان فأضيف السيلان والإتلاف إلى المرسل ، وفي المسألة كلمات تأتي في كتاب الشرب^(٦) - إن شاء الله تعالى - (٧) .

العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب وأقر الغاصب أنه كان غصبه من فلان يؤمر^(٨) بتسليم^(٩) القيمة إلى المقر له ، فإن جاء رجل آخر وأقام البينة أنه عبده غصبه منه فالقاضي يقضي بالقيمة لصاحب البينة .

[فإذا قضى القاضي بالقيمة لصاحب البينة]^(١٠) وأخذها لا شيء للمقر له [على الغاصب ، فإن وصلت تلك القيمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضي له بالهبة أو (بالإرث)^(١١) أو بالمبايعة أو بالوصية يؤمر بردها^(١٢) إلى المقر له]^(١٣) . ولو وصل إلى الغاصب ألف آخر من المقضي له سوى المأخوذ منه فإن وصل بالهبة أو بالمبايعة لا يؤمر

(١) الكلا: كَجَبَل: العُشْب وكل مارعته الدواب من الرطب واليابس ، وموضع كالي ومكلى : فيه الكلا . المغرب ص (٤١٢) ، والمصباح المنير (٢/٥٤٠) ، والقاموس المحيط ص (٦٤) .

(٢) في (ج) « الموقود » .

(٣) في (ج) « ومن » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ج) « وبين إيقاد » .

(٦) في (ج) ، و (هـ) « في كتاب الشرب والجنابات » .

(٧) المبسوط (٢٧/٢٣) ، وفتاوى قاضيهان (٣/٢٢١) ، و (٣/٢٥٠) .

(٨) في (ب) « يؤمن » .

(٩) في (ج) « بتسليمه » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) ما بين القوسين في (أ) ، « أو بالإبراء لا يرث » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (ب) « أو بالوصية أو بالمبايعة لا يؤمر بردها » .

(١٣) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

بالرد على المقر له وإن وصل بالإرث^(١) أو بالوصية يؤمر^(٢) .

في الزيادات في باب الحوالة قبيل باب السلسلة^(٣) : المغصوب إذا اكتسب كسباً ثم استرده المالك مع الكسب لا يتصدق بالكسب . والغاصب إذا ضمن القيمة عند الهلاك أو بالإيقاع^(٤) حتى^(٥) صار الكسب له تصدق بالكسب^(٦) .

في الزيادات في آخر باب الكسب : إذا أقر أنه غصب من فلان شيئاً ، ولم يبين ، فالقول قوله ولا بد من أن يفسر بشيء يتمنعه^(٧) الناس ويقصد بالغصب ، حتى لو لم يكن كذلك بأن بين بالتراب^(٨) ونحوه لا يصدق ؛ لأنه لا يسمى غصباً . ولو بين بشيء يقصده الناس ولا قيمة له ، نحو : أن يقرأ أنه غصب حراً أو جلد ميتة قبل قوله ، وهو [اختيار مشايخ العراق و]^(٩) اختيار مشايخ ما وراء النهر^(١٠) أنه لا بد أن^(١١) يفسر بشيء له قيمة .

في غصب القدوري في أوله : ذكر في أدب القاضي للخصاف في باب [العدوى]^(١٢) : عن عمر^(١٣) - رضي الله عنه - إحراق البيت الذي فيه الخمر^(١٤) . [٣ / ٢٧٥ / د]

(١) في (ب) ، و (ج) « بالميراث » .

(٢) الفتاوى الهندية (١٥٣/٥)

(٣) كذا في جميع النسخ ، ولم يتبين لي المراد .

(٤) في (ب) ، و (ج) « أو الإيقاع » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) الفتاوى الهندية (١٤١/٥) .

(٧) في (ج) « يمانعه » .

(٨) في (ب) « بالتروپ » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) يراد بالنهر نهر جيحون بخراسان ، وكان ما وراء النهر من أنزه الأقاليم وأخصبها وأكثرها خيراً .

معجم البلدان (٤٥/٥) ، الروض المعطارص (١٨٥) .

(١١) في (ب) ، و (ج) « لا بد من أن » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « القدوري » ، وفي (ج) « العدوي » وكذا

هو في شرح أدب القاضي للحسام الشهيد ص (١٩٩) ، ولذا أثبتته .

. ولم يرو ذلك عن أصحابنا إنما روي عنهم هدم البيت على صاحب الخمر فإنهم قالوا : يهدم عليه بيته ، كأنهم ^(١) أخذوا ذلك من هذا الحديث ^(٢) .
وأما كسر الدنان ^(٣) ، ذكر في السير الكبير : أنه إن فعل ذلك بإذن الإمام أو فعل الإمام بنفسه فلا ضمان . وإن فعل غير الإمام بغير إذن الإمام فعليه الضمان ^(٤) .
وفي سير العيون : مسلم شقَّ زِقْ خمر لمسلم لا يضمن الخمر ويضمن الزق ؛ إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فحينئذ ^(٥) لا يضمن ؛ لأنه مختلف فيه . والذمي إذا أظهر بيع الخمر في المصر يمنع عنه ، فإن أتلف ذلك إنسان يضمن [إلا أن يكون] ^(٦) إماماً يرى ذلك ؛ لأنه مختلف فيه ^(٧) .

(١٣) في (ج) « عن عثمان - رضى الله عنه - » .

(١٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، باب بيع الخمر (٧٧ / ٦) ، وفي باب الربح (٢٢٩ / ٩) ، عن صفية بنت أبي عبيد قالت : وجد عمر في بيت رجل من ثقب خمرأ ، وقد كان جلده في الخمر ، فحرق بيته ، وقال : ما اسمك ؟ قال : رُوَيْشِد ، قال : بل أنت فويسق .
وأخرجه أبو عبيد في الأموال عن ابن عمر ص (٩٦) .
قال ابن حجر في الإصابة : « وكذلك أخرجه الدولابي في الكنى من طريق عبد الله بن جعفر عن سعد بن إبراهيم ، ورواه ابن أبي ذئب عن سعد بن إبراهيم » .
الإصابة في معرفة الصحابة (٥٢٢ / ١) .

(١) في (ب) « وكلهم » .

(٢) شرح أدب القاضي للخفاف ص (١٩٩) ، وتبيين الحقائق (٢٣٨ / ٥) .

(٣) الدنان : جمع دَنّ يفتح الدال وتشديدها : وعاء ضخم كهيئة الحب وهو الجرة إلا أنه أطول منه وأوسع رأساً . المصباح المنير (٢٠١ / ١) ، ولسان العرب (١٥٩ / ١٣) والمعجم الوسيط (١ / ٢٩٩) ، والقاموس المحيط (١٥٤٥) .

(٤) شرح السير الكبير للسرخسي (١٥٤٥ / ٤) ، والمبسوط (٥٣ / ١١) وشرح أدب القاضي ص (١٩٩) .

(٥) في (ج) « فح » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٧) عيون المسائل (٣٧٧ / ٢) ، والفتاوى الهندية (١٥٣ / ٥) .

وفي^(١) المنتقى [٥٤/٢ ب] : قال هشام : قلت لمحمد : رجل في يده ثوب فتشبت^(٢) ^(٣) رجل بالثوب فجذب صاحب الثوب الثوب^(٤) من يد المتشبت^(٥) فانخرق الثوب ؟ قال : يضمن المتمسك نصف ذلك ، قلت : من أين [٢/٤٦١/أ] افترق هذا واليد ، قال : لأن عض يده أذى ، والتشبت^(٦) بالثوب^(٧) ليس بأذى ، فإن^(٨) كان الذي جذب^(٩) الثوب^(١٠) هو^(١١) المتشبت فهو ضامن جميعه ؛ لأنه لم يكن له الحدث^(١٢) .

قال هشام : قلت [لمحمد - رحمه الله -] ^(١٣) : جلس رجل إلى جنب رجل ، فجلس على ثوبه - وهو لا يعلم - فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوسه عليه ؟ ، قال : يضمن نصف الثوب^(١٤) ؛ لأنه لم يكن له أن يجلس على ثوبه ، وكان^(١٥) متعديا [في الجلوس ، وقد حصل الشق بفعلهما ، فسقط ما كان بفعل المالك ، ويجب ما كان بفعل

(١) في (ج) « في » .

(٢) في (ب) « تسبب » .

(٣) تشبت : أي تعلق به ، من ثبت الشيء أي علقه وأخذه ، والتشبتُ بالشيء : التعلق به ، ولزومه ، وشدة الأخذ به .

المصباح المنير (٣٠٢/١) ، ولسان العرب (١٥٨/٢) ، والقاموس المحيط ص (١٩٧) ، و (٢١٨) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ب) « المتسبب » .

(٦) في (ب) « والسبب » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) « وإن » .

(٩) في (ب) « حدث » .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) في (د) « فهو » .

(١٢) المبسوط (١٩١/٢٦) ، وفتاوى قاضيه خان (٢٣٤/٣) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٤) في (ج) « الشق » .

(١٥) في (ب) ، و (ج) « فكان » .

الجالس .

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد : في رجل قعد على^(١) رداء رجل - وهو لا يعلم - فنهض [الرجل]^(٢) فتمزق رداؤه ؟ ، قال : يضمن الذي قعد على الثوب .
أوجب الضمان مطلقا غير مقدر بالنصف وإنه يخالف ما رواه^(٣) هشام عنه ، وعلى هذا : [المكعب]^(٤) إذا تخرق من وضع رجل غير صاحبه [٦ / ٤٥ هـ] عليه ، وصاحبه لم يعلم به ، فعلى قياس رواية هشام يضمن الواضع نصف النقصان على نحو ما بينا في مسألة الثوب^(٥) .

وفي نوادر ابن رستم : أن الحائك إذا عمل لرجل ، فجاء الطالب ليأخذ الثوب ، وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ^(٦) الأجر ، فمد^(٧) صاحب الثوب الثوب^(٨) فتخرق ؛ إن تخرق من مد صاحبه لا يضمن الحائك شيئا ، وإن^(٩) تخرق من مدهما^(١٠) ضمن الحائك نصف قيمة الخرق ، يعني : نصف قيمة^(١١) النقصان المتمكن بالخرق .
دفع عيناً إلى الدلال^(١٢) لبيعه ، فعرض الدلال على صاحب الدكان^(١٣) ، وترك

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « رواية » .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) « المكعب » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) عيون المسائل (٢ / ٢٧٩) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٣٤) .

(٦) في (ب) « أخذ » .

(٧) في (ج) « في » .

ومد الشيء يمده مدأ ، أي جذبه . لسان العرب (٣ / ٣٩٦) ، والقاموس المحيط ص (

٤٠٦) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٨٥٨) .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) في (ج) « ولو » .

(١٠) في (ب) « مدها » .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) الدلال : الذي يجمع بين البيعتين ، ومن ينادي على السلعة لتباع ، والدلالة بالكسر ما جعلته =

عنده، فهرب صاحب الدكان وذهب بالمتاع يضمن الدلال؛ لأن الدلال أمين، وليس للأمين أن يودع. وذكر النسفي في فتاواه^(١) عن شيخ الإسلام أبي الحسن: أنه لا يضمن، وهو الصحيح؛ لأن هذا أمر لا بد منه؛ لأن المستام^(٢) يعرض المتاع على أهله أو من أحب لينظر في ذلك ثم يشتري، فكان هذا أمر لا بد منه، فلا يضمن الدلال لهذا. وإذا كان في يد الدلال ثوب يبيعه فظهر أنه مسروق، وقد كان رده إلى من دفع إليه فطلب منه المسروق منه الثوب، فقال الدلال: رددته إلى من كان دفع إليّ. برئ؛ لأن غاصب الغاصب إذا ردّ المغصوب على الغاصب ببرأ^(٣).

في مجموع النوازل: جارية دفعت جارية أخرى [فذهبت]^(٤) عذرتها، قال محمد بن الحسن: عليه صداق مثلها^(٥)، قال: بلغنا ذلك عن عمر^(٦) - رحمه الله -^(٧).

= للدلال، والدلالة بالفتح : حرفة الدلال.

لسان العرب (٢٤٩/١١)، والمعجم الوسيط (٢٩٤/١).

(١٣) في (ب)، و(ج) «دكان»،

والدكان هو: واحد الدكاكين، وهي الحوانيت، فارسي معرب.

المصباح المنير (١٩٨/١)، ولسان العرب (١٥٧/١٣)، والقاموس المحيط ص (١٥٤٤).

(١) في (ب) «فتاوى».

(٢) المستام: من سام البائع السلعة سَوْماً إذا عرضها للبيع وسامها المشتري، إذا طلب بيعها، والمساومة والتسام: أن يعرض البائع السلعة بثمن ويطلبها المشتري بثمن دون الأول، فهي المحاذبة بين البائع والمشتري على السلعة، وقُصِّلَ ثمنها.

المغرب ص (٢٣٩)، والمصباح المنير (٢٩٧/١)، ولسان العرب (٣١٠/١٢)،

والقاموس المحيط (١٤٥٢)

(٣) الفتاوى الهندية (١٥٣/٥)

(٤) مابين العقوفين في (أ) «دفعت»، والتصويب من باقي النسخ.

(٥) عيون المسائل (٢/٢٣٠)، والفتاوى الهندية (١٥٤/٥).

(٦) في (ج) «عن عمرين الخطاب».

(٧) لم أقف على أثر عمر، وقد أخرج سعيد بن منصور في سننه نحو ذلك، عن علي، وابنه الحسن، وعبدالله بن معقل - رضي الله عنهم أجمعين - سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق =

وفيه أيضا : عن^(١) أبي يوسف في رجل قتل ذئباً أو أسداً^(٢) لغيره^(٣) قال : لا ضمان عليه . وإن قتل قرداً ضمن قيمته قال : لأن القرد بمنزلة الكلب . قال الفقيه أبو الليث : القرد يخدم في البيت ويكنس البيت فيكون له قيمة ، بخلاف الذئب [والأسد]^(٤) ^(٥) . قال^(٦) سئل نجم^(٧) الدين عن أهل مكتب من الصبيان مع المعلم أصابهم بردٌ وعلى الجدار كوة^(٨) مفتوحة ، فقال المعلم لواحدٍ من الصبيان^(٩) : خذ فوطه هذا الصبي ، وسدّها بها الكوة ليندفع البرد عنا . ففعل ، وضاعت الفوطه فلا ضمان على المعلم ولا على الصبي الذي أخذ الفوطه وسدّها بها الكوة ؛ لأن جعلها في الكوة وهم حاضرون لا يكون تضييعاً فلا يضمنانه^(١٠) .

في الحاوي : سئل أبو [القاسم]^(١١) عن تعلق^(١٢) ثوبه بفعل يفعله رجل وتخرق^(١٣) ،

= باب جامع الطلاق (٨٦ ، ٨٥/٢) الأثر رقم (١٢٤٩) ورقم (١٢٥٠) ، وانظر المغني لابن قدامة (١٠/١٥٩) .

- (١) سقط من (د) .
- (٢) في (ب) « أو ابتدا » .
- (٣) في (ج) « لرجل » .
- (٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
- (٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢١٢) ، وفتاوى قاضيخان (٣/٢٤٦) .
- (٦) سقط من (ب) ، و (ج) .
- (٧) في (ج) « النجم » .
- (٨) الكوة هي : الخرق في الحائط والثقب في البيت ونحوه ، وهي بلغة الحبشة : المشكاة ، وقيل : كل كوة غير نافذة مشكاة أيضاً .
- المغرب ص (٤١٨) ، والمصباح المنير (٥٤٥/٢) ، ولسان العرب (١٥/٢٣٦) .
- (٩) في (ب) « عبارة مكررة هي : » معلم المعلم أصابهم برد وعلى الجدار كوة مفتوحة فقال المعلم لواحد من الصبيان » .
- (١٠) الفتاوى الهندية (٥/١٥٤) .
- (١١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (ج) « القسم » ، والتصويب من (د) .
- (١٢) في (ب) « يعلم » .

قال : إن مده صاحب الثوب حتى تخرق لم يضمن صاحب الفعل ، وإن تخرق من غير المد ؛ إن فعل ذلك ^(١) في موضع مأذون له لا يضمن وإلا يضمن ^(٢) .

في المنتقى : ابن سماعة عن محمد : في رجل غصب عبداً ، وضمن رجل للمغصوب منه العبد أن يدفعه إليه غداً فإن لم يفعل فعليه ألف درهم ، وقيمة العبد خمسون درهماً [فلم يدفع إليه العبد غداً ، قال : إذا ثبت العبد للمغصوب منه لزم الضامن قيمته خمسين درهماً] ^(٣) وبطل الفضل ؛ فإن اختلفا في قيمته فالقول قول المغصوب [منه] ^(٤) مع يمينه فيما بينه وبين ألف درهم ، والقول قول الكفيل فيما زاد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وأما في [قولنا] ^(٥) فالقول قول الغاصب في القيمة ، وضمان الألف [باطل] ^(٦) ؛ لأنه لم ينسبها إلى قيمة العبد . فإن ضمن القيمة وسماها ، [فنظر] ^(٧) في ذلك ، فإذا هي أكثر من قيمة العبد بما يتغابن الناس فيه فتلك قيمة العبد فيلزمه ذلك ، وإن كانت أكثر ^(٨) من قيمة العبد بما لا يتغابن الناس فيه بطل الفضل على ما يتغابن الناس فيه ^(٩) .

دابة لرجل دخلت ^(١٠) زرع إنسان فأخرجها صاحب الزرع فجاء ذئب وأكلها ؛ إن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك فلا ضمان ، عليه أكثر المشايخ وعليه الفتوى ، وإن ساقها

(١٣) في (ب) « بفعل أفعله رجل ويحرق » .

(١) في (ب) ، و (ج) « المالك » .

(٢) فتاوى قاضيخان (٢٥٣/٣) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) : « قوله » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) « بطل » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « فينظر » . وما أثبت من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٨) في (ج) « لكن » .

(٩) والفتاوى الهندية (١٥٤/٥)

(١٠) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « دخل » .

أكثر مشايخنا على أنه يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن عليه^(١) من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى^(٢) .

وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكة بقرة لغيره^(٣) فطردها قدر ما يخرج من [بين]^(٤) بادوكة لا يضمن ، وإن ساقها بعد ذلك يضمن . فأما إذا وجد بقرة^(٥) في زرعه [فأخرجها]^(٦) صاحبها^(٧) ، فآفسد الدابة الزرع إن أمره صاحب الزرع بالإخراج لا يضمن صاحب الدابة شيئاً^(٨) ، وإن لم يأمره يضمن ، هذه الجملة في الباب الأول من غصب الواقعات^(٩) .

رجل أرسل دابة وكان سائقاً لها فأصابته شيئاً ضمن السائق . ولو أرسلها إلى جهة ولم يكن سائقاً لها [فأصابته]^(١٠) في وجهها ذلك ضمن^(١١) صاحبها ؛ بخلاف مالو^(١٢) أرسل كلباً أو بازياً على صيد فأتلف^(١٣) شيئاً في فوره ذلك ، حيث [لا يضمن]^(١٤) على صاحبه [٢/٤٦٢ أ] إذا لم يكن سائقاً للكلب^(١٥) ، وإرسال الكلب إلى الصيد يخالف

(١) في (ب) ، و (ج) « عليها » .

(٢) الفتاوى الهندية (١٢٩/٥) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « لغيرها » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) « فأخرج » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٧) في (ج) ، و (هـ) « فأخبرها صاحبها فأخرجها صاحبها » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) الفتاوى الهندية (١٢٩/٥) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) « فأصاب » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١١) في (ب) « وضمن » .

(١٢) في (ج) « ما إذا » .

(١٣) في (ب) « فأتلف تلف شيئاً » ، وفي (د) « فأتلف صيداً شيئاً » .

(١٤) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « يضمن » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(١٥) في (ب) « للكلب » .

إرساله إلى إنسان . فإن من أرسل كلبه إلى إنسان فأصابه ضمن المرسل وإن لم يكن سائقاً للكلب .

قال : ولو أن الدابة^(١) لم تذهب في^(٢) وجهها ؛ بل انعطفت يمينا وشمالاً فأصاب^(٣) شيئاً فلا ضمان على صاحبها إذا كان لها طريق في وجهها ذلك ، وإن لم يكن لها طريق في وجهها ذلك وإنما الطريق له يميناً وشمالاً لا غير [فانعطفت]^(٤) وأصاب شيئاً ضمن^(٥) صاحبها . وإن وقفت^(٦) ثم سارت فما أصابت بعد ذلك فلا ضمان على صاحبها ؛ لأن حكم إرساله قد انقطع لما وقف ساعة ، بخلاف الكلب إذا أرسل على صيد فوقف ساعة ، فإن الإرسال لا ينقطع حتى لو أخذ الصيد بعد ذلك حل^(٧) .

وكذلك إذا أرسل حمارة فدخل زرع إنسان فأفسده ، [إن ساقه]^(٨) إلى الزرع ضمن ، وإن لم يسق ؛ بأن لم يكن خلفه^(٩) ؛ إن لم [ينعطف]^(١٠) يميناً [٤٦/٦ / هـ] وشمالاً ؛ بل ذهب إلى الوجه الذي أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن صاحبه^(١١) . وإن انعطف^(١٢) يميناً وشمالاً فهو على التفصيل الذي قلنا ، هذه الجملة في شرح

(١) في (د) « السابة » .

(٢) في (ب) « لم يذهب في » ، وفي (جـ) « لم يذهب إلى وجهها » .

(٣) في (ب) « فأصاب » ، وفي (جـ) « وأصاب » .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « فانقطعت » وفي (ب) « فإن قطعت » ، والتصويب من

(جـ) ، و (هـ) .

(٥) سقط من (جـ) .

(٦) في (ب) « وقعت » .

(٧) في (جـ) « رجل » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « أوساقه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) « ينقطع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (جـ) « الذي أرسلها صاحبها فأصاب الزرع ضمن صاحبها » .

(١٢) في (جـ) « وإن انعطفت » .

ديات شيخ الإسلام في باب جناية الراكب^(١) .

وإن وجد الرجل دابة في مربطه فأخرجها ولم يسقها بعد الإخراج فأكلها الذئب ضمن قيمتها . فرق بين هذا وبين ما إذا وجدها في كرمه أو زرعه فأخرجها ولم يسقها بعد الإخراج فأكلها الذئب حيث لا يضمن قيمتها . والفرق : أن الدابة لا تفسد^(٢) المربط فكان^(٣) في^(٤) إخراجها عن المربط مضيقاً للدابة لا دافعاً شرها عن نفسه . أما الدابة فتفسد الزرع والكرم ، فكان الإخراج في هذين الفصلين لدفع ضرر الدابة لا تضييعاً لها . وإن وجد دابة في كرمه أو زرعه فحبسها في منزله فهلكت ضمن قيمتها لصاحبها ؛ لأنه ليس له ولاية الحبس فيصير بالحبس غاصبا مضمونا^(٥) ^(٦) .

ذكر في السير الكبير على سبيل الاستشهاد : أن من أخذ جلوداً مذكاة^(٧) لرجل^(٨) فدبغها وجعلها فرواً^(٩) ينقطع حق المالك عن الجلود ، وكان الفرو^(١٠) للعامل ، وغرم قيمة الجلود للمالكها . ولو أخذ جلود ميتة وجعلها فرواً ثم دبغها لا ينقطع حق المالك عن العين ويقوم الفرو جلدأ غير معمول ويقوم معمولاً فإن شاء العامل [٣ / ٢٧٦ / د] أعطاه

(١) الجامع الصغير ص (٤٢٤) ، والمبسوط (٢٦ / ١٩٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٢٤٩) .

(٢) في (ج) « لا يفسد » .

(٣) في (ب) « وكان » .

(٤) سقط من (د) .

(٥) في (ب) « والله أعلم » .

(٦) الفتاوى الهندية (٥ / ١٢٩) .

(٧) في (ج) « ذكية » .

(٨) سقط من (د) .

(٩) الفرو : جلود بعض الحيوان ، كالذئبة والثعلب ، تُدبغ ويتخذ منها ملابس للدفع والزينة ، والجمع فراء .

المعجم الوسيط (٢ / ٦٨٦) ، وانظر المصباح المنير (٢ / ٤٧١) ، ولسان العرب (١٥ / ١٥١) ،

والقاموس المحيط ص (١٧٠٢) .

(١٠) في (ب) « الفراء » ، وفي (د) « الفراء » .

قيمة جلده مذكى^(١) غير معمول وإن شاء باع الفرو^(٢) فقسم ثمنه على قيمة الجلد مذكى^(٣) غير معمول وعلى قيمته فرواً معمولاً فما أصاب الجلد كان لصاحبه ، وما أصاب العمل^(٤) كان لصاحب العمل .

والفرق بين الجلود المذكاة^(٥) والميتة : أن الصنعة في المذكاة إنما [حلت]^(٦) في جلد^(٧) يضمن بالغصب والاستهلاك فأوجب انقطاع حق صاحب العين عن العين ، وفي جلد الميتة الصنعة^(٨) حلت في جلد لا يضمن بالغصب والاستهلاك [فلم يوجب]^(٩) انقطاع حق صاحب العين عن العين ، وهذا هو الأصل : أن الصنعة إنما يجعل^(١٠) المصنوع ملكاً للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما يضمن بالغصب والاستهلاك . أما إذا كان مما لا يضمن بالغصب والاستهلاك قبل الصنعة فبالصنعة لا يصير ملكاً^(١١) للصانع . وأصل هذا ما ذكر محمد في السير الكبير : لو أن رجلاً من أهل الجند وجد في دار الحرب من خشب [الخَلْنَج]^(١٢) ^(١٣) فعمل منه قِصاعاً^(١٤) وأجربة^(١٥) ثم أخرجها إلى دار

(١) في (ج) « ذكياً » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) في (ج) « ذكياً » .

(٤) في (ب) « العلم » .

(٥) في (ج) « الذكِيَّة » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « حصلت » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (د) « في حلت في جلد » .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « فأوجب » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (د) « تجعل » .

(١١) في (ج) « مملوكاً » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « الخليج » وفي (ب) ، و (ج) الكلمة مهملة ، والتصويب من

شرح السير الكبير (١١٧٧ / ٤) .

(١٣) الخَلْنَج : شجر ، فارسي معرّب ، تُتخذ من خشبه الأواني .

المعرّب ص (٢٨٦) ، وفي التعريب والمعرّب ص (٨٥) ولسان العرب (٢ / ٢٦١) .

الإسلام فإن للإمام أن يأخذ ذلك منه ويعطيه قيمة ما زاد الصنعة^(١) . وإن شاء باعه وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول وعلى قيمته معمولاً ، فما أصاب غير معمول من ذلك فإنه يُردُّ في الغنيمة وما أصاب معمول من ذلك يكون للعامل^(٢) . ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام فأخذ رجل من خشب هذا [الخَلْنَج]^(٣) وجعله قصاعاً وغير ذلك مما وصفنا لك فإنه يضمن قيمة الخشب ، وكان المصنوع للذي عمل لا سبيل للإمام عليه ؛ لأن في الفصل الأول الصنعة إنما وجدت في خشب [لا يضمن بالغصب والاستهلاك^(٤) ؛ لأن الغنائم لا تضمن^(٥) بالغصب والاستهلاك في دار الحرب فلم يوجب انقطاع حق الغزاة عن العين وفي الوجه الثاني : الصنعة إنما وجدت في خشب يضمن^(٦)]^(٧) بالغصب والاستهلاك .

(١٤) القصاع : جمع قصعة وهي الصفحة أو الوعاء الذي يؤكل فيه ويشرد ، وكان يتخذ من الخشب غالباً .

لسان العرب (٢٧٤/٨) ، والقاموس المحيط ص (٩٧١) ، والمعجم الوسيط (٢/٧٤٠) .

(١٥) في (ج) « وأخونة » ، وكذا هي في شرح السير الكبير للسرخسي (٤/١٤٧٧) ،

والأجربة : جمع جريب ، وهو على معانٍ ، وعاء يحفظ من الزاد والطعام ، مكيال قدر أربعة أقفزة ، المزرعة أو قدر ما يزرع فيه من الأرض .

المصباح المنير (١/٩٥) ، ولسان العرب (١/٢٦٠) ، والقاموس المحيط ص (٨٥) ،

والمعجم الوسيط (١/١١٤) .

(١) في (ب) « الصنعة فيه » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « للعامل ولا يصره المصنوع ملكاً للعامل » ، ولكن في (ب) وضعت

العبارة بين القوسين مزدوجين صغيرين ، مما يشير إلى أنها زائدة ، وقد كتبت سهواً ، وفي (ج) ما قبل هذه العبارة منظم لم يتبين لي .

(٣) في (ب) ، و (ج) « من هذا الخشب » ، وفي (د) « من هذا خشب الخليج » .

(٤) في (ب) « بالغصب الاستهلاك » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « لا يضمن » .

(٦) في (ب) « تضمن » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة الفرق فنقول : إنما ثبت^(١) الخيار للعامل في جلد الميتة لا لصاحب الجلد وإن كان صاحب العمل صاحب تبع^(٢) [٢/ ٥٨٠ ج] وصاحب الجلد صاحب أصل ، والخيار يثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب المصبوغ لالصاحب التبع^(٣) ، وذلك لأن صاحب العمل وإن كان صاحب تبع ههنا من حيث الحقيقة فإن الصنعة صارت صنعة للجلد ، والأوصاف أتباع ، فمن حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل ؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالا قبل الصنعة ، والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان لا نفس الأعيان^(٤) وإنما صار مالا بعمله ، قصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل ، وصاحب الجلد من حيث المعنى صاحب تبع ، والعبرة للمعنى ، وإنما اعتبرت قيمة الجلد مذكى^(٥) ؛ لأنه متى اعتبره ميتاً ، وجلد الميتة لا قيمة له ، لا يستحق صاحب الجلد شيئاً ، قل هذا اعتبرت قيمته مذكى^(٦) (٧) .

قال محمد في كتاب العلل : إذا غصب الرجل [ثوباً من غيره]^(٨) [٢/ ٤٦٣ أ] فلبسه^(٩) ، ثم جاء صاحب الثوب ومدّ الثوب ، والغاصب لم يعلم بذلك ولم يطلب صاحب الثوب الثوب منه^(١٠) فتخرق الثوب من ذلك فلا شيء على الغاصب ، وكان

(١) في (ب) « أثبت » .

(٢) في (ب) « صاحب بيع » .

(٣) في (ب) « البيع » .

(٤) في (ب) ، و (ج) : « العين » .

(٥) في (ج) « ذكياً » .

(٦) في (ج) « ذكياً » .

(٧) شرح السير الكبير للسرخسي (٤ / ١١٧٧ ، و ٤ / ١١٩٥) ، والفتاوى الهندية (٥ / ١٢٦) .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « ثوباً » وأمر غيره بلبسه « والتصويب من (ب) ، و (ج)

و (هـ) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « ولبسه » .

(١٠) سقط من (ب) .

ينبغي [أن يقال]^(١) : بأنه يضمن الغاصب للمغضوب منه نصف قيمته^(٢) ؛ لأن الخرق حصل بمد صاحب الثوب وبإمساك الغاصب جميعاً ، فإنه لولا إمساك الغاصب بعد مد المغضوب منه كان لا يتخرق الثوب من يده . وإذا حصل الخرق من فعلهما يجب أن يكون على الغاصب نصف^(٣) الضمان جميعاً^(٤) ، كما لو خرّقه^(٥) [جميعاً]^(٦) وكما لو طلب صاحب الثوب الثوب من الغاصب فمنعه فمده المغضوب منه الثوب مد مثله فتخرق الثوب ، ذكر أن الغاصب يضمن نصف قيمته بالخرق لأن الخرق حصل بفعلهما . والجواب : أن الإمساك [من الغاصب] إن وجد حقيقة بلبس الثوب لم يوجد معنى ؛ لأن^(٧) الغاصب بلبس الثوب قصد ستر نفسه لإمساكه^(٨) عن المالك فلم يوجد الإمساك من الغاصب معنى فبقي التلف كله مضافاً إلى يد المالك بخلاف ما إذا طلب منه المالك وأمسكه ؛ لأنه^(٩) هناك وجد الإمساك من الغاصب حقيقة ومعنى . ولو طلب المغضوب^(١٠) منه الثوب من الغاصب فمنعه الغاصب [عنه]^(١١) ، ثم إن المغضوب منه مدّه مدّاً شديداً لا يمد مثله فتخرق الثوب لا ضمان على الغاصب ، علل فقال : لأنه بمنزلة سكين جاء به وخرّقه فقد أضاف الخرق كله إلى فعل المالك ، وهذا

(١) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « قيمة الخرق » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ب) « كما لو خرّقه جميعاً » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) « أن » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « لأن » .

(١٠) تكرر في (ج)

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

مشكل ؛ لأنه لولا إمساك الغاصب لكان الثوب لا يتخرق^(١) بمد المالك فكان^(٢) الخرق مضافاً إلى فعله ، ألا ترى^(٣) أنه لو مدَّ مدَّ مثله كان الخرق مضافاً إليهما حتى كان نصف الخرق على الغاصب^(٤) ، فههنا كذلك يجب أن يكون^(٥) .

والجواب : أن الإمساك قد يتحقق من الغاصب ولا يكون سبب خرق^(٦) ، بأن يكون قبل المد ، وقد يكون سبب الخرق من وجه دون وجه^(٧) فاعتبر سبب الخرق إذا كان^(٨) المد المالك^(٩) مداً يمدُّ مثله وأضيف الخرق إلى المد [والإمساك جميعاً ، ولم يعتبر سبب الخرق . إذا كان مدا لا يمد مثله وأضيف الخرق إلى المد^(٩) وحده بخلاف المد ، حيث يضاف الخرق إليه لأن المد سبب الخرق على كل حال . وقيل : الإمساك إنما لا يحصل الخرق ؛ لأن المد لا يوجد [بدون الإمساك^(١٠) ؛ لأن بدون^(١١) الإمساك يكون أخذاً ولا يكون مداً . وإذا كان المد متى تحقق ، تحقق^(١٢) سبب الخرق على كل حال ، والإمساك سبب خرق في حال دون حال ، أضيف الخرق إلى المد على كل حال^(١٣) وأضيف

(١) في (ج) « إمساك الغاصب الثوب لكان لا يتخرق » .

(٢) في (ب) « وكان » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « حتى كان على الغاصب (٢ / ٥٥ / ب) نصف الخرق » .

(٥) في (ج) « فههنا يجب أن يكون كذلك » .

(٦) في (ج) « خرقه » .

(٧) في (ج) « ولا يكون سبب خرقه فإن كان قبل المد ويكون سبب خرقه بأن كان في حال المد

فكان الإمساك في نفسه سبب الخرق من وجه دون وجه » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(١١) في (ب) « لأن المد بدون » .

(١٢) سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٣) في (ج) « على كل حال دون حال » .

[الخرق]^(١) إلى الإمساك^(٢) في حال دون حال ، ونظير هذا : الممسك للثوب إذا كان صاحب الثوب جاء آخر ومدَّ الثوب مد مثله أو مداً لا يمد مثله^(٣) [فخرق الثوب به]^(٤) وكان الضمان كله على المادِّ وأضيف [الخرق]^(٥) [كله]^(٦) إلى المد دون الإمساك ، وطريقه ما قلنا^(٧) .

وذكر شيخ الإسلام في شرح السير في باب فضول الغنائم : قال مشايخنا : الغاصب إذا [ندم]^(٨) على ما صنع ولم يظفر بالمغصوب منه بمسك^(٩) [المغصوب]^(١٠) إلى أن يرجو مجيء صاحبه ، فإذا انقطع رجاءه بمجيء صاحبه تصدق به^(١١) إن شاء ، بشرط أن يضمن إن لم يجز^(١٢) صاحبه صدقته . قال : والأحسن أن يرفع ذلك إلى الإمام ؛ لأن للإمام تدبيراً ورأياً في أموال الغيب ، فلا أحسن أن لا يقطع عليه رأيه^(١٣) .

قال محمد في الجامع الصغير : رجل غصب عبداً وأجر العبد نفسه وسلم عن العمل صحت الإجازة على ما عرف ، فإن أخذ العبد الأجر ، وأخذ الغاصب الأجر منه [وأتلفه]^(١٤) لا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالوا : يجب عليه الضمان .

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (ب) « مثله لشده » ، وفي (ج) « مثله لبدبه » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) المبسوط ٢٦ / ١٩١ .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) « قدم » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) « تمسك » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) سقط من (ج) .

(١٢) في (ج) « متى لم يجز » .

(١٣) شرح السير الكبير للسرخسي (١١٤٦ / ٤) ، والفتاوى الهندية (١٥٤ / ٥) .

(١٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « وأتلف » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

وإن كان الأجر قائماً كان للمالك أخذه^(١) بالإجماع ، هما يقولان : أنه أُتلف مال الغير [من غير تأويل فيجب الضمان . ولا شك أن الأجر مال الغير] ،^(٢) وهو مولى العبد؛ لأنه كسب عبده ، وكسب العبد تبعٌ للرقبة فيكون للمالك الرقبة . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الكسب مال المالك ؛ لكنه لا عصمة له^(٣) في حق الغاصب بعد الغصب ، فأشبهه بضمان السرقة بعد القطع ، وبيان عدم العصمة [أن العصمة]^(٤) يثبت^(٥) بيد حافظة^(٦) إما بنفسه أو بيد نائبة ، ويد المالك لم تثبت على هذا المال ويد الغاصب ليست يد المالك . فإن قيل يد العبد يد المولى والكسب في يد العبد فيصير كأنه في يد المولى . قلنا : العبد في يد الغاصب حتى كان مضموناً عليه^(٧) . وإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن العبد محرراً وحافظاً [نفسه عن الغاصب فلا يكون محرراً وحافظاً]^(٨) فيما في يده أيضاً ؛ ولذلك^(٩) قلنا : إن كسب المبيع^(١٠) قبل القبض غير مضمون على البائع بالاتفاق فكذلك ههنا ، أو نقول : هذا مالٌ للغاصب فيه تأويلُ الملك فلا يكون^(١١) مضموناً عليه بالإتلاف كمالِ الابن في حق الأب ، بيانه : أن العبد إذا هلك في يد الغاصب وضمن قيمته للمالك فالأجر يسلم للغاصب ، أو نقول : الأجر بدل منفعة العبد

(١) سقط من (ب) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « لها » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ب) « ثبت » ، وفي (د) « ثبت » .

(٦) في (ب) « حافظ » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، وفي (أ) زيادة هي : « وحافظاً [نفسه عن الغاصب

فلا يكون محرراً وحافظاً نفسه عن الغاصب فلا يكون محرراً وحافظاً] وهو تكرار بين ، سقط من

باقي النسخ لذا لم أثبتة .

(٩) في (ج) « وكذلك » .

(١٠) في (ب) « المنع » .

(١١) في (ج) « ولا يكون » .

. ولو استهلك الغاصب منفعة [العبد]^(١)؛ بأن استعمله في عمل من الأعمال لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها^(٢) .

قال في الجامع الكبير: رجل غصب من آخر جارية قيمتها ألف درهم فغصبها^(٣) من الغاصب رجل آخر^(٤)، وقيمتها يوم الغصب الثاني أيضاً ألف درهم [فغصبها من الغاصب رجل آخر، وقيمتها^(٥) يوم الغصب الثالث أيضاً ألف درهم]^(٦) فأبقت من الغاصب الثاني فللأول أن يضمن الثاني [قيمتها]^(٧) [٢ / ٤٦٤ / ١] وإن لم يضمن المالك الأول؛ لأن القيمة قائمة مقام العين . ولو كانت الجارية حاضرة كان^(٨) للغاصب الأول أن يسترد الجارية ليمكن^(٩) من إقامة الفصل الواجب عليه [وهو الرد]^(١٠) فكذلك ما يقوم مقام العين وهو القيمة . ألا ترى إلى قوله عليه السلام: [٣ / ٢٧٧ / ٥] « على اليد »^(١١) ما أخذت^(١٢) «^(١٣) . والغاصب^(١٤) الثاني إنما^(١٥) أخذها من الغاصب الأول [فوجب عليه

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) الجامع الكبير ص (٣٦٣) ، وانظر بدائع الصنائع (١٤٥ / ٧) ، و (١٦٠ / ٧) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « فغصب » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (د) « قيمتها » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٨) في (ج) « وكان » .

(٩) في (ج) « للتمكن » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٢) في (ب) « ما أحدث » .

(١٣) سبق تخريجه في ص (٦٢٠) .

(١٤) في (ب) « الغاصب » .

(١٥) في (ج) « ما » .

الرد على الغاصب^(١) الأول وإذا عجز عن ردّ العين وجب ردّ القيمة التي هي قائمة مقام العين فإذا أخذ الغاصب الأول^(٢) القيمة برئ الثاني من الضمان؛ لأن الثاني لو ردّ الجارية على الأول برئ من الضمان ، فكذا إذا رد القيمة لكون القيمة قائمة مقام^(٣) العين وتكون القيمة المأخوذة من الثاني مضمونة على الغاصب الأول حتى لو هلك في يد الغاصب الأول كان للمغصوب منه أن يضمّنه قيمتها بالغصب ؛ لأن الغاصب الأول لو أخذ الجارية لم تكن^(٤) أمانة في يده ، فكذا^(٥) إذا أخذ القيمة . فإذا حضر المالك كان له الخيار إن شاء أخذ من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني وتصير^(٦) الجارية مملوكة للغاصب الثاني [من جهة المالك]^(٧) وإن شاء ضمن الأول قيمتها ابتداء بالغصب وتصير^(٨) الجارية مملوكة للغاصب الأول من جهة المالك ثم تصير^(٩) للغاصب^(١٠) الثاني من جهة الغاصب الأول . فإن^(١١) كانت قيمة الجارية يوم الغصب الأول ألف درهم ، ويوم الغصب الثاني ألفي درهم ، ثم أبقت من يد الثاني^(١٢) وأخذ

(١) في (ب) « إلى الغاصب » ، وفي (د) « للغاصب » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (أ) زيادة مكررة هي : « مقام [الضمان ؛ لأن الثاني لو ردّ الجارية على الأول برئ من الضمان ، فكذا إذا رد القيمة لكون القيمة قائمة مقام] » وقد سقطت من باقي النسخ ، ولذا لم أثبتها .

(٤) في (ب) ، و (ج) « يكن » .

(٥) في (ج) « فكذلك » .

(٦) في (ب) « ويصير » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « ويصير » .

(٩) في (ب) « ثم يصير » .

(١٠) في (د) « الغاصب » .

(١١) في (ج) « وإن » .

(١٢) في (ج) « من يد إنسان » .

الأول من الثاني^(١) ألفي درهم ، وهلك في يد الأول لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم ؛ لأن أحد الألفين قيمة الزيادة المتصلة بالجارية في يده^(٢) وإنها أمانة عندنا في يد الغاصب فكذلك [ماقام مقامها ؛ ألا ترى^(٣) أن الجارية لو^(٤) كانت حاضرة فاستردها كان الفضل على الألف أمانة عنده فكذلك]^(٥) إذا أخذ الأول^(٦) القيمة ، فلهذا لا يضمن الفضل وإنما يضمن قيمتها يوم الغصب ألف درهم .

ولو أن المولى حضر والقيمة^(٧) في يد الغاصب الأول قائمة على حالها وقد ظهرت الجارية ، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ جاريته^(٨) حيث ما وجدت وإن شاء أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول من الثاني وإن شاء ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم الغصب ، وهذا مشكل من وجهين :

أحدهما : أنه جعل الغاصب الأول سبيلا من تضمين الثاني ولم يجعله سبيلا من تملك الجارية حتى قال : إن^(٩) للمولى ولاية أخذ الجارية حين^(١٠) ظهرت وإن كان الملك ثبت في المضمون ضرورة الاستيفاء .

والثاني : وهو أنه جعل للمولى حق تضمين الغاصب الأول بعد ظهور الجارية ، والقدرة على الأصل يمنع^(١١) المصير إلى الخلف .

(١) في (ج) تكررت « من الثاني » .

(٢) في (ج) في يد الغاصب .

(٣) في (ب) « ألا ترى » .

(٤) في (ج) « إن » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) سقط من (ب) ، وفي (ج) « الألف » ، والتصويب من (د)

(٧) في (ج) « حضرت القيمة » .

(٨) في (ب) « جارية » .

(٩) في (ب) « إني » .

(١٠) في (ج) « حتى » .

(١١) في (د) « تمنع » .

والجواب عن الإشكال الأول أن نقول : بأن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك في التضمن حتى يصير نائباً عنه في تملك الجارية للثاني^(١)، [وكيف يكون نائباً عنه^(٢)] وإنه فوت عليه اليد، لكن إنما كان للأول تضمين الثاني ليتمكن من إقامة^(٣) ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد. أما التملك فليس^(٤) من ضروراته كما في المدبر، إلا أن [عند^(٥)] عدم الوقوف على مكان^(٦) الجارية الحالة حالة الاستيفاء لا غير وهو بسبيل من ذلك. أما بعد ما ظهرت الجارية فالحالة^(٧) حالة الاستيفاء وحال تملك الجارية وهو بسبيل^(٨) من الاستيفاء، فأما^(٩) ليس بسبيل من تملك الجارية فكان بمنزلة الفضولي فتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز أخذ القيمة وإن ردَّ كان حقه في استرداد^(١٠) الجارية.

[وأما الجواب عن الإشكال الثاني : فمعنى قوله ظهرت الجارية^(١١)] عرف مكانها لأنها وصلت إلى مكانها قلنا والمعرفة بمكان الجارية لا يمنع المصير إلى القيمة .
فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول [بالقيمة التي أخذها لأن العوض استحق من يده فإن كانت القيمة هلكت في يد الأول ضمن الغاصب

(١) في (ج) « من الثاني » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (د) « إقامته » .

(٤) في (ج) « ليس » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « عندهم » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ج) « لمكان » .

(٧) في (ج) « الحالة » .

(٨) في (ج) « وهو منقول » .

(٩) في (ج) « أما » و« أما » هنا بمعنى لكن .

(١٠) في (ب) « كان حقه واسترداد » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الأول] ^(١) ذلك للغاصب ^(٢) الثاني ؛ لأن للأول ^(٣) أخذ القيمة بدلاً عن [المغصوب ^(٤) فيكون مضموناً عليه كالثمن على البائع ولا يرجع الغاصب (الأول) ^(٥) بذلك على] ^(٦) المغصوب منه ؛ لأن الغاصب الأول ليس بوكيل عن المالك أصلاً ، والرجوع بالعهد ^(٧) حكم الوكالة .

وإن [كان] ^(٨) أخذ المولى من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني سلمت الجارية للغاصب الثاني لنفاذ التملك على المالك .

وإن ضمن المولى الغاصب الأول قيمة الجارية يوم الغصب الأول [سلمت القيمة التي أخذها الغاصب الأول] ^(٩) ؛ لأنه تبين أنه ملكها من وقت الغصب الأول ، وأن الثاني غصب من ^(١٠) ملك الغاصب الأول ، وكان ^(١١) الضمان ^(١٢) للأول ^(١٣) ، إلا أن للأول ^(١٤) أن

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) في (ج) « الغاصب » .

(٣) في (ب) « لأن الأول » .

(٤) في (ج) « بدلاً عن العوض » .

(٥) ما بين القوسين سقط من (أ) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) في (ب) « بالعهد » .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « وإن كان الحق » ، وقد سقطت كلمة « الحق من (ب) ، و (ح) ، وكتبت

في (د) ، ولكن شطب عليها ، والصواب حذفها لذلك ولعدم وجود مناسبة لها في السياق .

(٩) في (ج) « الأول له » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١١) سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٢) في (ج) « فكان » .

(١٣) في (ب) « الزمان » .

(١٤) في (ب) « الأول » .

(١٥) في (ج) « أن الأول » .

يتصدق بأحد^(١) الألفين - وهو الفضل على القيمة التي أداها إلى المالك - ، وهذا قول^(٢) أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وأما^(٣) على قول أبي يوسف فلا^(٤) يتصدق بشيء بل يطيب له ، لأن شرط الطيب عندهما : الملك [والضمان]^(٥) ، والضمان ههنا إن كان^(٦) واجبا وقت المبادلة فالملك لم يكن ، وعند أبي يوسف شرط الطيب : الضمان لا غير ، وقد وجد ذلك ههنا . وأصل المسألة : المودع إذا باع الوديعة وبيع ثم ضمن هل يطيب له الربح ؟ فهو على هذا الاختلاف^(٧) .

قال : وليس للغاصب^(٨) الثاني أن يطاء الجارية حتى يختار المولى أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول ، أو يختار ضمان الغصب الأول ؛ لأن الملك قبل ذلك موقوف ، والحل لا يثبت بالملك الموقوف^(٩) . فإن كانت الجارية حاضت [٤٧/٦ هـ] [حيضة]^(١٠) بعد ما أخذ الأول القيمة من الثاني^(١١) قبل أن يختار المولى شيئا من ذلك ثم اختار شيئا من ذلك لا يجزئ بتلك الحيضة [٤٦٥/٢] ؛ لأن الملك موقوف^(١٢) والحيضة إذا وجدت^(١٣) بعد ثبوت الملك قبل وجود^(١٤) اليد لا يجزئ بها^(١٥) عن

(١) في (ب) ، و (د) « بأخذ » .

(٢) في (ج) « عند » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « أما » .

(٤) في (ج) « لا » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) في (ج) « وإن كان » .

(٧) الجامع الكبير ص (٢٢٥) .

(٨) في (ب) « الغاصب » .

(٩) في (ب) « بالملك الموقوف والحل لا » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) « بعد ما أخذ القيمة الأول من الثاني » .

(١٢) في (ج) « الموقوف » .

(١٣) في (ب) « وجد » .

(١٤) في (د) « وجوب » .

الاستبراء . فإذا حصلت قبل ثبوت الملك لأن لا يجزأ بها كانت ^(١) أولى ^(٢) .
ولو كان الغاصب الأول أقر بقبض القيمة من الغاصب الثاني فهذا وما لو ثبت أخذ
القيمة بإقامة البينة سواء . غير أن بينهما فرقا من وجه آخر ^(٣) : أن في هذه الصورة كان
للمولى أن يضمن الثاني ، وفيما إذا ثبت ذلك بالبينة ليس للمولى أن يضمن الثاني ،
والفرق : أن حق تضمين الثاني قد ^(٤) ثبت للمالك [لكونه] ^(٥) غاصب الغاصب ، إلا أن
تضمين الأول للثاني ^(٦) مبطل لهذا ^(٧) الحق عن المالك ^(٨) ، وذلك ههنا إنما ثبت
[بإقرار] ^(٩) الأول والإقرار حجة قاصرة فلم يظهر أخذ الأول القيمة من الثاني في
بطلان ^(١٠) حق المالك في تضمين الثاني ، بخلاف الوجه ^(١١) الأول ؛ لأن هناك أخذ القيمة
ثبت بما هو حجة عامة أما ههنا بخلافه وكان المعنى فيه وهو : أن الغاصب الأول إنما يملك
الاستيفاء من إقامة ^(١٢) ما عليه من فعل الرد وهذه الضرورة تندفع بحقيقة الاستيفاء ، ولا
ضرورة ^(١٣) إلى اعتبار الإقرار بالإستيفاء . وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضي

(١٥) في (ب) « أنها » .

(١) في (ب) « أنها كان » .

(٢) الجامع الكبير (٢٢٥) .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ب) « وقد » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « كونه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) ، و (ج) « الثاني » .

(٧) في (ج) « هذا » .

(٨) في (ج) « للمالك » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « بالإقرار » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « في حق بطلان » .

(١١) سقط من (ج) .

(١٢) في (ج) « ليتمكن من إقامة » .

(١٣) في (ج) « فلا » .

بالقيمة^(١) ثم أقر الغاصب بقبض القيمة . وكذلك لو أقر الأول بقبض الجارية من الثاني ، وأقر أنها ماتت عنده ، لم يقبل قوله ، حتى كان للمالك أن يضمن الغاصب الثاني في هذه الوجوه كلها ؛ لما ذكرنا ، ويرجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة^(٢) ؛ لأن إقراره^(٣) بالاستيفاء صحيح في حقه إن لم يصح في حق المالك .

قال محمد في الجامع الصغير^(٤) أيضا : رجل غصب من آخر عبدا ثم استأجره من المغصوب منه صح ؛ لأنه لو اشتراه من المغصوب منه صح فالإجارة أولى ، ويصير المستأجر قابضاً له [٢ / ٥٨١ / جـ] بحكم الإجارة بنفس العقد ؛ لأن يد الغاصب يد ضمان بقيمة المغصوب في مثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء ، فالأولى^(٥) أن يقع عن قبض الإجارة ويبرأ الغاصب عن الضمان ؛ لأن يد الغاصب تبدلت بيد الإجارة ، ويد الإجارة يد أمانة ، وضمان الغصب مما يحتمل البطلان ، ألا ترى^(٦) أن المغصوب منه لو أبرأ الغاصب عن الضمان يبرأ ، فكذلك إذا تبدلت يد الغصب بيد الأمانة . فإن مات العبد في مدة الإجارة مات أمانة ، لما مر ، ويجب على الغاصب الأجر^(٧) بقدر ما مضى من مدة الإجارة [وسقط^(٨) الباقي ؛ لأن فيما مضى وجد تسليم المنافع إلى المستأجر بحكم إجارة صحيحة ، فإن مضت مدة الإجارة]^(٩) والعبد حي لم يعد مضمونا ؛ لأن يد الغصب

(١) سقط من (ب) .

(٢) في (جـ) « فالقيمة » .

(٣) في (ب) « إقرار » .

(٤) سقط من (ب) ، و (جـ) ، ولعله الصواب ؛ لأنني لم أجد المسألة في الجامع الصغير ، وإنما في الكبير ، ومنهج المؤلف أنه إذا أطلق كلمة « الجامع » فالمراد به الكبير دون الصغير - والله أعلم .

(٥) في (ب) ، و (جـ) ، و (د) « فأولى » .

(٦) في (ب) « ألا يرى » .

(٧) في (جـ) « الآخر » .

(٨) في (ب) « تسقط » ، وفي (د) « يسقط » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

تبدلت بيد الأمانة فلا يعود^(١) إلا بغصب جديد، وهذا الفقه وهو: أن الغصب تفويت يد المالك على وجه التعدي، وبالإجارة [فات]^(٢) معنى التعدي، وبمضي [مدة]^(٣) الإجارة لا يعود معنى التعدي فلا يعود حكم الغصب .

ولو أن المغصوب منه أعار العبد من^(٤) الغاصب صح ؛لأنه لو أجره إياه^(٥) يصح فإذا أعاره إياه^(٦) أولى أن لا يصح ولا يصير قابضاً له بحكم العارية بنفس العارية، بخلاف الإجارة، والفرق وهو: أن الإجارة أوجب استحقاق المنافع للمستأجر فيوجب استحقاق اليد مسلماً^(٧) للمستحق، ويد الغاصب تصلح نائبة عن يد الإجارة فقامت مقام يد الإجارة إبقاء لما هو المستحق. فأما العارية فلا توجب استحقاق المنافع لما عرف، فلا يوجب استحقاق اليد فلا يجب^(٨) إلغاؤها فلا تقوم يد الغاصب مقام يد العارية، فلهذا لا يصير قابضاً بنفس العارية، فإذا انتفع به الآن تثبت يد العارية وهي يد أمانة فبطلت^(٩) بها^(١٠) يد الغاصب، فإذا فرغ من العارية لم يعد غاصباً بخلاف الرهن . والفرق: وهو أن يد^(١١) العارية إنما بطلت يد الرهن وبطل الضمان أيضاً ؛لكون الضمان متعلقاً بحقيقة عقد اليد، أما عقد الرهن فهو [٢/ ٥٦ ب] باق لبقاء حكمه وهو ملك

(١) في (ب) « فلا تعود » .

(٢) ما بين المعنويين في (أ) « فإن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) ما بين المعنويين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ج) « لو أجره منه » .

(٦) في (ج) « أعاره منه » .

(٧) في (ج) « تسليماً » .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « فلم يجب » .

(٩) في (ج) « فبطل » .

(١٠) سقط من (ب) .

(١١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « بيد » .

اليَد والحبس، فإذا بطلت يد العارية عادت يد الرهن [٣/ ٢٧٨/ د] فعاد^(١) الضمان المتعلق [به]^(٢)، فأما ضمان الغصب فيتعلق بقاءه ببقاء اليد المتعدية به^(٣) وقد بطل ذلك بيد العارية ولا يعود^(٤) بالفراغ من العمل فلا يعود الضمان المتعلق [به]^(٥)^(٦) .

ولو أمر المالك الغاصب أن يبيع العبد المغصوب صح ، ويصير^(٧) وكيلًا ؛ ولا يخرج العبد عن ضمانه ؛ لأن كونه غاصباً ضامناً لا ينفي كونه وكيلًا^(٨) ألا ترى^(٩) أن الوكيل بالبيع إذا استعمل المبيع حتى صار ضامناً يبقى وكيلًا كذا ههنا^(١٠) ؛ لأن^(١١) المعنى فيه : أن^(١٢) الأمر يقتضى الائتمان، والائتمان لا ينفي^(١٣) قيام يد الوكيل [فلا ينفي]^(١٤) أيضا قيام وصفها^(١٥) وهو كونها يد أمانة . فإن باعه فهلك قبل التسليم انتقض البيع ولزمه قيمة العبد المغصوب ؛ لأن الغصب لا يبطل بمجرد^(١٦) البيع فإن قيل المبيع بالبيع صار مضموناً

(١) في (ب) « ميعاد » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ج) « فلا يعود » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٦) الجامع الكبير ص (٢٤٠) .

(٧) في (ب) « صح يصير » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٩) في (ب) « ألا يرى » .

(١٠) في (ج) « هنا » .

(١١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « كان » .

(١٢) في (ج) « وهو أن » .

(١٣) في (ب) « لا يبقى » . وفي (ج) « لا يقتضي » .

(١٤) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « فلا يبقى » ، وفي (ج) « فلا يقتضي » ،

والصواب ما أثبتته ، وهو مقتضى السياق .

(١٥) في (ج) « وصفه » .

(١٦) في (ج) « لمجرد » .

بالثمن في^(١) يد الوكيل، وهذا ينفي كونه مضمونا بضمان القيمة؛ لأن ضمان القيمة مع ضمان الثمن لا يجتمعان في عين واحد قلنا : تفسير كونه مضمونا بالثمن ليس إلا كونه بحال لو هلك قبل القبض [يسقط الثمن عن المشتري وهذا لا يبقى^(٢) ضمان القيمة عن^(٣) الغاصب فإن رده المشتري بالعيب فإن^(٤) كان قبل القبض]^(٥) فهو في ضمان الغصب على حاله؛ لأن يد الغاصب لا يبطل^(٦) بمجرد البيع فلا يبطل الضمان المتعلق به، وإن كان الرد بعد القبض لم يعد^(٧) مضمونا؛ لأن التسليم حصل بأمر المالك؛ لأن الأمر بالبيع أمر بالتسليم، والتسليم إلى المشتري بأمر المالك [بمنزلة التسليم من المالك ولو سلم المالك إلى المشتري برئ الغاصب من الضمان فكذا إذا سلم^(٨) الغاصب بأمر المالك]^(٩) وضمان الغصب متى بطل [٢ / ٤٦٦ / ١] لا يعود إلا بغصب جديد^(١٠).

قال محمد في الجامع : رجل غصب من رجل جارية، وغصب آخر من رب الجارية عبداً وتبايعا العبد بالجارية وتقابضا، ثم بلغ المالك فأجازه كان باطلا؛ لأن الإجازة إنما تلحق البيع^(١١) الموقوف دون الباطل، و[هذا]^(١٢) العقد وقع باطلا؛ لأن البيع [تمليك

(١) في (ب) و (ج) « وفي » .

(٢) في (د) « لا ينفي » .

(٣) في (ج) « على » .

(٤) في (ج) « إن » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (د) « لا تبطل » .

(٧) في (ج) « لا يعود » .

(٨) في (ب) « أسلم » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٠) الجامع الكبير ص (٢٤٠) .

(١١) في (ج) « العقد » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

بتمليك^(١) وذلك لا يكون في بيع مال الرجل بماله ، توضيحه : أن الإجازة في الإنتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء ولو أذن المالك لهما في الابتداء فذلك^(٢) لا ينفذ ، فكذلك^(٣) إذا فعل بغير إذن المالك لا يتوقف^(٤) .

ولو كان مالهما رجلين فبلغهما^(٥) فأجازا كان جائزاً وصارت الجارية لغاصب^(٦) الغلام ، [والغلام لغاصب^(٧) الجارية]^(٨) ، وعلى غاصب الغلام قيمة الغلام لمولاه ، وعلى^(٩) غاصب الجارية قيمة الجارية لمولاه ؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن^(١٠) في الابتداء .

ولو أذن كل واحد من المالكين في الابتداء ، بأن قال صاحب الغلام للذي غصبه : اشتر جارية فلان بغلامي هذا وقال صاحب الجارية لغاصبها : اشتر غلام فلان بجاريتي هذه . كان الجواب كذلك ، وهذا لأن كل واحد منهما صار مشترياً ما في يد صاحبه بما في يده بائعاً ما في يده بما في يد صاحبه ولا توقف في الشراء لأن شراء الفضولي لا يتوقف على الإجازة ، بل ينفذ^(١١) على المشتري إنما التوقف في البيع ، ولما كان هكذا صار شراء كل واحد منهما واقعاً^(١٢) لنفسه ؛ كأن كل واحد منهما قال لغاصبه : اشتر

(١) ما بين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٢) في (ج) « بذلك » .

(٣) في (ج) « فكذا » .

(٤) الجامع الكبير ص (٢١٧) .

(٥) في (ب) « فبلغ » وفي (ج) « فبلغهما » .

(٦) في (ج) « لصاحب » .

(٧) في (ب) « لصاحب » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٩) في (ج) « لمولاه ويصير الغلام لصاحب الجارية وعلى » .

(١٠) في (ج) « في الانتهاء كالإذن » .

(١١) في (ج) « ينفذ » .

(١٢) سقط من (ب) .

لنفسك مملوك فلان بمملوكي، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع ، فانعقد تصرف كل واحد منهما على أن يفيد ملك المشتري للمشتري^(١) ولكن عند إجازة المالك ، وصار كل واحد^(٢) مستقرضا ما غصب حتى يكون البدل على من يثبت له الملك في البدل واستقراض الحيوان وإن كان لا يجوز إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل قصداً ، وههنا حصل في ضمن الشراء ، وإنه تصرف مشروع، فصار هو مشروعاً لمشروعيته أيضاً .

ولما صار كل واحد من الغاصبين^(٣) مستقرضاً ما غصبه^(٤) ، والمستقرض فيما ليس من ذوات الأمثال يضمن^(٥) القيمة ، وجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب^(٦) ؛ لهذا قال فيه أيضاً : رجل غصب من آخر مائة دينار وغصب آخر من ذلك الرجل ألف درهم ثم تباع الغاصبان الدراهم بالدنانير^(٧) وتقابضا ثم تفرقا ثم حضر المالك فأجاز^(٨) جاز^(٩) .

فرق بين هذا الوجه^(١٠) وبين الوجه الأول ، والفرق^(١١) : أن ههنا العقد ما وقع على الدراهم والدنانير بأعيانهما ؛ لما عرف من أصله^(١٢) : أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في

(١) في (ج) « على أن يفيد الملك للمشتري في المشتري » .

(٢) في (أ) « وصار كل واحد [منهما قال لغاصبه : اشتر لنفسك مملوك فلان بمملوكي وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع فانعقد تصرف كل واحد منهما] » ، و ما بين المعقوفين مكرر مع مامر قبل سطر ، وقد سقط من باقي النسخ ، فهي زيادة مكررة ، ولذا لم أثبتها في الأصل .

(٣) في (ب) « الغاصب » . وفي (ج) « كل واحد منهما » .

(٤) في (ج) « ماغصب » .

(٥) في (ج) « مضمون » .

(٦) انظر زيادات الزيادات ص (٩١) .

(٧) في (ج) « الدنانير بالدراهم » .

(٨) في (ج) « فأجازه » .

(٩) الجامع الكبير ص (٢١٨) .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « والفرق وهو » .

(١٢) في (ج) « أصلنا » .

عقود المعاوضات ، وإنما وقع العقد على مثلهما دَيْنًا في الذمة ، فلم يقع^(١) العقد على ماليس للمالك^(٢) واحد فيصح البيع بلا توقف ؛ ألا ترى^(٣) أنه لو لم يجز واحد منهما ولم يتفرقا حتى نقد كل أحد^(٤) من ماله يجوز ولا يفسد العقد ، وهذا دليل على أن العقد وقع^(٥) على مثلهما دَيْنًا في الذمة ، إلا أن كل واحد منهما صار قاضياً ما وجب في ذمته بما غصب ، فإذا أجاز صار مقرضاً فلزمه^(٦) ضمانه ، بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هناك العقد وقع على العوضين بأعيانهما ، [لأن العوض]^(٧) يتعين في عقد المعاوضة ، فإذا [كانا لشخص]^(٨) واحد لم ينعقد العقد لما مر^(٩) والفلوس في هذا نظير الدراهم والدنانير ؛ لأنها^(١٠) لا تتعين^(١١) بخلاف العرض .

وقال فيه أيضاً : رجل غصب من آخر جارية ، وغصب رجل آخر من المغصوب منه مائة دينار ، فباع غاصبُ الجارية غاصبَ الدينار^(١٢) الجارية بتلك الدنانير فبلغ المالك فأجازه يصح^(١٣) ؛ لأن الجارية^(١٤) وإن تعينت في العقد ، إلا أن الدنانير^(١٥) لم تتعين فلم

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (د) « لعائد » وصوبت في الهامش إلى : « المالك » .

(٣) في (ب) « ألا ترى » .

(٤) في (ب) ، و (د) « واحد » .

(٥) في (ج) « إنما وقع » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « فيلزمه » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) « كان لشخص » ، وفي (ب) « كانا بشخص » .

(٩) في (ج) « على مامر » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « لأنهما » .

(١١) في (ب) « لا يتعين » .

(١٢) في (ج) « غاصب الدنانير » ، وفي (د) « غاصب المائة دينار » .

(١٣) في (ج) « صح » .

(١٤) في (ب) « الإجازة » .

(١٥) في (ج) « الدينار » .

[يقع] ^(١) العقد على مالين لواحد ؛ بل وقع على جارية مغصوبة بدنانير [في الذمة] ^(٢) فإذا أجازته صحت الإجازة في [حق] ^(٣) البيع لأن بيع الجارية ^(٤) قد توقف [على إجازته] ^(٥) فإذا لحقته الإجازة صح ^(٦) .

وأما نقد ^(٧) الدنانير فلا يخلو ^(٨) إما إن كان النقد قبل الإجازة أو كان ^(٩) بعد الإجازة ، فإن كان قبل الإجازة عملت الإجازة فيه إذا علم المغصوب منه بأنه نقد من ماله ويصير هو مقرضاً الدنانير لمشتري الجارية ، فإن كان [المنقود] ^(١٠) قائماً في يد غاصب الجارية فهو للمجيز وهو المغصوب منه ، وإن هلك في يد غاصب الجارية لا ضمان عليه ؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن ^(١١) في الابتداء فظهر أنه حين قبض الثمن كان وكيلاً ببيع الجارية أمينا في ثمنها وهلاك المال في يد الأمين لا يوجب [عليه] ^(١٢) ضمانا . وإن كان النقد ^(١٣) بعد الإجازة ؛ فإن جاء ^(١٤) صاحب المال يأخذ ^(١٥) ماله إن وجدته فيبطل النقد ويلزم المشتري ثمن آخر ؛ لأن الإجازة إذا حصلت قبل النقد فليس ذلك بإذن

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « يبق » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٤) في (ج) « لأن البيع » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (ب) « يصح » .

(٧) في (د) « بعد » .

(٨) في (ج) « يخ » .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « المنقود » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(١١) في (ج) « في الانتهاء كالإذن » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٣) في (ب) « العقد » .

(١٤) سقط من (ج) .

(١٥) في (ج) « فأخذ » .

في النقد ؛ لأن النقد لم يكن موجوداً وقت الإجازة ولا يدري أنه ينقد الدنانير [المغصوبة أو غير ذلك فلم يعمل الإجازة في حق النقد ، وحصل نقد الدنانير] ^(١) بغير إذن المغصوب ^(٢) فكان ^(٣) له حق القبض إن وجدها قائمة ، وإن وجدها هالكة فله الخيار إن شاء ضمن بائع الجارية لكونه غاصب الغاصب ، وإن شاء [٢ / ٤٦٧ / ١] ضمن مشتري الجارية لكونه غاصباً ، فإن ضمن [٦ / ٤٨ / هـ] المشتري ظهر أنه ملك الدنانير من وقت الغصب السابق وأنه ^(٤) ملك نفسه فصح التسليم إلى بائع الجارية [وصار] ^(٥) بائع الجارية أميناً في قبض الدنانير . وإن اختار تضمين البائع رجوع البائع على المشتري لأن ما قبض البائع لم يسلم ثمناً لما استحق عليه عوضه فاستوجب الرجوع به على المشتري ، كما لو كانت الدنانير قائمة بأعيانها فأخذت من يده فإذا رجع بها سلم ذلك للبائع . وطعن عيسى بن أبان ^(٦) في هذا فقال : ينبغي أن يردّها على المغصوب منه ؛ لأن القبض الأول كان موقوفاً فلما ضمن المغصوب منه البائع ، وقبض البديل بمنزلة [قبض] ^(٧) المبدل بطل القبض الأول وصار الثمن هو الثاني الذي يقبضه البائع من المشتري فينبغي أن يسلم للبائع كما لو أخذ العين من يده ثم رجع على المشتري والجواب عن هذا أن يقال للمغصوب منه لما ضمن البائع ورجع البائع على المشتري صار قرار الضمان [على

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ج) « إذن صاحبها » .

(٣) في (ب) « وكان » .

(٤) في (ج) « وأنه قد ملك » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « صار » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) هو : عيسى بن أبان بن صدقة ، أبو موسى الإمام الكبير تفقه على محمد بن الحسن . قال هلال بن يحيى : « ما في الإسلام قاضٍ أفقه من عيسى » ، وله كتاب الحج ، توفي بالبصرة في محرم سنة مئتين وواحد وعشرين .

الجواهر المضية (٢ / ٦٧٨) رقم ١٠٨٦ وتاج التراجم (١٧٠) برقم (١٩٢) ، والفوائد البهية

(١٥١) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

المشتري^(١) وظهر^(٢) أنه كان مالكا لما بعد؛ إذ الملك في المضمون إنما يثبت لمن كان قرار الضمان عليه وظهر أن البائع كان^(٣) وكيلًا ، وأن^(٤) له حق الرجوع على الموكل بما ضمن ؛ لأنه أمينه ، وما رجع به البائع على المشتري مال الموكل فقد ظفر بجنس حقه فيستوفى بحقه على ما عرف^(٥) .

قال محمد في الجامع : [رجل]^(٦) غصب عبداً فباعه من رجل بخمسائة إلى سنة ، والعبد معروف للمغصوب منه ، فقال المغصوب منه للغاصب : إنك قد اشتريت [مني هذا العبد بألف درهم حالة قبضته^(٧) مني ثم بعته من^(٨) هذا الرجل بخمسائة درهم إلى سنة^(٩) وقال الغاصب : ما اشتريته منك قط ولكنك أمرتني فبعته [منه]^(١٠) بخمسائة درهم إلى سنة بأمرك . والعبد^(١١) قائم عند المشتري . فالعبد سالم للمشتري ؛ لأنهم اتفقوا على صحة شرائه ولا ضمان على الغاصب بسبب الغصب ؛ لأن تعذر الرد على المالك كان لمعنى من جهته وهو : إقراره ببيعه الغاصب^(١٢) ، ويستحلف الغاصب بالله ما اشتريته ؛ لأن المغصوب منه يدعي عليه اليمين بسبب صحيح ، وهو ينكر ، فإن حلف لا شيء عليه ، وإن نكل كان عليه الثمن الذي ادعاه المغصوب منه .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « عليه » ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ب) ، و (د) « فظهر » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « صار » .

(٤) في (د) « وأنه » .

(٥) الجامع الكبير ص (٢١٨) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٧) في (ب) « فقبضة » ، وفي (ج) « وقبضته » .

(٨) سقط من (ب) ، و (د) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١١) في (ج) « فالعبد » .

(١٢) في (ج) « بالبيع من الغاصب » .

وإن كان العبد قدمات عند المشتري [٣ / ٢٧٩ د] وباقي المسألة بحالها فههنا يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه . أما تحليف^(١) الغاصب فلما مرّ ، وأما تحليف^(٢) المالك بخلاف الفصل الأول فالفرق^(٣) وهو : أن [الغاصب]^(٤) لا يدعي على المغصوب منه في الفصلين جميعاً إلا التوكيل^(٥) ، إلا أن الوكالة في هذه المسألة حق يلزم المغصوب منه ، لأن في دعوى الوكالة في هذا الفصل دعوى البراءة من^(٦) ضمان القيمة ، لأن تعذر الرد على المغصوب منه ههنا ما كان لمعنى من جهته وهو : إقراره بالبيع ، وإنما كان لأجل الموت ، فإن بسبب موت العبد يعجز الغاصب عن الرد على المغصوب منه سواء سبق من المولى الإقرار بالبيع أو لا^(٧) ، وكان^(٨) ضمان القيمة واجباً على الغاصب فكان^(٩) بدعوى الوكالة على المالك مدعياً براءة نفسه عن ضمان القيمة ، والمالك ينكر فيحلف ، أما في الفصل الأول فدعوى^(١٠) الوكالة لا يلزم المغصوب منه [شيئاً ؛ لأن ضمان القيمة هناك غير واجب على الغاصب على ما مرّ فلهذا لا يحلف المغصوب منه ثمة] .^(١١) أما ههنا^(١٢) فبخلافه على ما مرّ^(١٣) .

(١) في (ب) ، و (ج) « تحلف » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « تحلف » .

(٣) في (ج) « والفرق » .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) « الغصب » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ج) « الوكالة » .

(٦) في (ج) « عن » .

(٧) في (ج) « أولم يسبق » .

(٨) في (ج) « فكان » .

(٩) في (ب) « وكان » .

(١٠) في (ج) « دعوى » .

(١١) فمابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٢) في (ب) « هنا » .

(١٣) الجامع الكبير ص (٣٦٣) .

فإن كان الغاصب وهب هذا العبد من رجل، وسلم^(١) إليه ثم ادعى أنه فعل ذلك بأمر المغمصوب منه ، وقال المغمصوب منه : بعته منك بألف درهم^(٢) ثم وهبته . فهو على التفاصيل التي قلنا في البيع^(٣) .

ولو كان الغاصب ضرب العبد فقتله ثم قال الغاصب : ضربت بأمر المالك . وقال صاحب العبد : لا، بل بعته منك فضربت ملكك نفسك . يحلف الغاصب أولاً، فإن نكل لزمه الثمن، وإن حلف ضمن^(٤) القيمة لتعذر الرد لمعنى من جهة الغاصب، ثم يحلف المالك فإن نكل بطلت القيمة ، وإن حلف فله قيمته على الغاصب ، وهو نظير الهلاك [فيما]^(٥) تقدم^(٦) .

وقال فيه أيضاً : رجل أقر أنه قطع يد عبد رجل خطأ، وكذبه^(٧) عاقلته في ذلك، يعني به : أن عاقلة المقر كذب^(٨) المقر في إقراره ، ثم غصبه رجل من مولاه فمات عنده فالمولى بالخيار إن شاء ضمن الجاني قيمته من ماله ثلاث سنين^(٩) وإن شاء ضمن الغاصب قيمته أقطع في ماله حالا وضمن الجاني أرض يده وهو نصف قيمته في ماله فإن ضمن الجاني قيمته بإقراره فإنه يرجع الجاني على الغاصب بقيمة^(١٠) العبد أقطع في ماله . علل في الكتاب فقال : لأن العبد صار للقاطع بجنايته وهذا دليل على أن^(١١) [٢ / ٥٨٢ ج]

(١) في (ب) ، و (ج) « سلمة » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) الجامع الكبير ص (٣٦٣) .

(٤) في (ج) « لزمه » .

(٥) مابين المعقوفين في (أ) « بما » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) الجامع الكبير ص (٣٦٣) .

(٧) في (د) « وكذبه » .

(٨) في (ب) ، و (د) « كذبت » .

(٩) في (ج) « قيمته في ماله في ثلاث سنين » .

(١٠) في (ب) « لقيمة » .

(١١) سقط من (ب) .

ضمان الدم يوجب الملك في المضمون، ووجه ذلك وهو: أن سبب الضمان هو^(١) القطع السابق فيستند الضمان إليه فيثبت الملك من ذلك الوقت ، وفي تلك الحالة [هو]^(٢) قابل للملك كما في ضمان الغصب فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك ، ولكن لما كان سببه الغصب السابق استند إليه ووقع الملك في المضمون [كذا ههنا]^(٣).

ومن المحققين من أصحابنا [من]^(٤) قال: لا؛ بل ضمان القتل لا يوجب الملك للضامن في المقتول؛ لأن ضمان القتل يجب مقصوراً على وقت القتل فالقطع السابق إنما يصير قتلاً وقت السراية^(٥) فيجب الضمان مقصوراً على حالة القتل ، وفي حالة القتل هو [غير]^(٦) قابل للملك^(٧) لكن إن تعذر إثبات الملك^(٨) في ذاته [٢/ ٥٧/ ب] أمكن إثباته في بدله وهو الضمان الذي على الغاصب ، كما قلنا في المدير: إذا غصب إنسان من يد^(٩) غاصبه^(١٠) واختار المولى [٢/ ٤٦٨/ أ] تضمين الأول كان للأول أن يضمن الثاني وإن لم يملك الأول المدير^(١١) بأداء الضمان لكن قبل السبب، وإن لم يعمل في حق المدير لمكان التعذر عَمِلَ في حق بدله وهو: الضمان الواجب على الغاصب - كذا ههنا^(١٢)، ثم أوجب الضمان على الجاني ههنا في ماله؛ لأنه وجب بإقراره والإقرار حجة

(١) في (د) « وهو » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « وهو » ، والتصويب من (ج) .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « هكذا » ، والتصويب من (ج) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٥) في (ج) « الراهية » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) ، و (ج) « للمالك » .

(٨) في (د) « المالك » .

(٩) في (ج) « إذا غصبه يد » .

(١٠) في (ب) « غاصب » .

(١١) في (ج) « بالمدير » .

(١٢) في (ج) « هنا » .

قاصرة .

وإن كانت الجناية ثابتة بالبينة فهذا وما لو ثبت الجناية بإقرار الجاني سواء إلا في فصل واحد وهو : أن ما يجب على الجاني في فصل الإقرار يجب على عاقلته في فصل البينة؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة فتثبت الجناية في حق العاقلة كما يثبت^(١) في غيرها^(٢) .^(٣)

رجل غصب من آخر شيئاً، وغيبه ، وطلب^(٤) المغصوب من القاضي تضمينه^(٥)، ذكر في بعض الكتب : أن القاضي يتلوم في ذلك يومين [أو ثلاثة]^(٦) ؛ رجاء أن يظهر^(٧)، ولا يقضي بالقيمة في الحال . وذكر في السير الكبير في باب « ما يبطل به »^(٨) سهم الفارس : أن القاضي يقضي بالقيمة قبل التلوم . قال شيخ الإسلام في شرح السير الكبير^(٩) : ما ذكر جواب الجواز ، يعني : لو قضى بالقيمة قبل التلوم يجوز ، وما ذكر في بعض الكتب جواب [الأولوية]^(١٠) يعني : الأولى^(١١) أن يتلوم القاضي ، ثم يقضي بالقيمة^(١٢) . والله أعلم تم الغصب من المحيط . [والله أعلم بالصواب]^(١٣)

(١) في (د) « ثبت » .

(٢) في (ب) « في حق غيرها » .

(٣) الجامع الكبير ص (٣٦٨) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « فطلب » .

(٥) في (ب) « يضمه » .

(٦) مابين المعقوفين في (أ) « وثلاثة » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (د) « تظهر » .

(٨) في (ج) « في باب » لم يبطل فيه » .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ) « الأولوية » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) « الأول » .

(١٢) شرح السير الكبير للسرخسي (٩٥٧/٣) ، والمبسوط (٦٦/١١) ، و بدائع الصنائع (٧/

١٥١) ، و (١٦٣/٧) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

[تم^(١) كتاب الغصب من المحيط بحمد^(٢) الله تعالى] ^(٣) .

(١) في (ج) « وقد تم » .

(٢) في (د) « بعون » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

كتاب الوديعة^(١)هذا الكتاب يشتمل على عشرة^(٢) فصول :

- [الفصل الأول : في بيان ركن الإيداع ، وشرطه ، وما يكون إيداعاً بدون اللفظ .
 (الفصل الثاني)^(٣) : في حفظ^(٤) الوديعة بيد الغير .
 (الفصل الثالث)^(٥) : في الوديعة ما يجب اعتباره وما لا يجب اعتباره .
 (الفصل الرابع)^(٦) : في ما يكون تضييعاً للوديعة وما لا يكون ، وما يضمن المودع وما لا يضمن .
 (الفصل الخامس)^(٧) : في تجهيل الوديعة .
 (الفصل السادس)^(٨) : في طلب الوديعة ، والأمر بالدفع إلى الغير .

(١) الوديعة لغة : من أودع يُودع إيداعاً ، يقال : أودعتُ زيداً مالاً : دفعتهُ إليه ؛ ليكون عنده وديعة ، والجمع ودائع ، واشتقاقها من الدعة ، وهي : الراحة . ويقال : أودعتُ زيداً مالاً أي : أخذتهُ منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد ، لكنه في الدُّفع أشهر .
 المغرب (٤٧٩) ، والمصباح المنير (٦٥٣/٢) ، ولسان العرب (٣٨٦/٨) ، والقاموس المحيط ص (٩٩٤) .

واصطلاحاً هي : تسليط الغير على حفظ المال .

تبين الحقائق (٧٦/٥) ، والبنية (١٣١/٩) ، وفتح القدير (٤٨٤/٨) ، ورد المختار (٨/٤٥٣) ، والتعريفات (٢٥١) ، وأنبس الفقهاء (٢٤٨) .

(٢) في (ج) « عشر فصول » .

(٣) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .

(٤) في (ب) « خلط » .

(٥) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .

(٦) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .

(٧) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .

(٨) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .

- (الفصل السابع)^(١) : في رد الوديعة .
- (الفصل الثامن)^(٢) : فيما إذا كان المستودع غير واحد .
- (الفصل التاسع)^(٣) : في الاختلاف الواقع في الوديعة والشهادة فيها .
- (الفصل العاشر)^(٤) : في المتفرقات [٦ / ٤٩ / هـ].^(٥)

-
- (١) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .
- (٢) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .
- (٣) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .
- (٤) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بترقيم الفصل رقماً .
- (٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الفصل الأول

ففي بيان ركن^(١) الإيداع، وشرطه، وما يكون^(٢) إيداعاً بدون اللفظ .

قال مشايخنا: ركن الإيداع في حق صيرورة العين أمانة عند الغير قول المالك :
أودعتك هذا العين، حتى لو قال: هذا الغاصب^(٣) صار العين أمانة عنده [وإن لم
يقبل]^(٤)، حتى لو هلك بعد ذلك [عنده]^(٥) من غير صنعه لا ضمان عليه . وفي
وجوب الحفظ على المودع الركن هو الإيجاب والقبول ، وهذا لأن صيرورة العين أمانة
عند الغير حكم يلزم المالك فيتم به وحده ، وأما وجوب الحفظ فحكمه^(٦) يلزم المودع
فلا بد من قبوله .

وشرطه : كون العين قابلاً لإثبات اليد عليه ؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ ؛ وحفظ
الشيء لا يتأتى إلا بعد إثبات اليد عليه ، ألا ترى^(٧) أن إيداع الآبق وإيداع الطير الذي
يطير^(٨) في الهواء لا يصح ، وإنما لا يصح^(٩) لأنه لا يتهيأ للمودع^(١٠) إثبات اليد على
هذه الأشياء^(١١) .

في المنتقى : رجل في يديه ثوب، قال^(١٢) له رجل آخر^(١٣) : أعطني هذا الثوب .

(١) في (ب) « ذكر » .

(٢) في (ب) « ومن يكون » .

(٣) في (ج) « للغاصب » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « عنده [حتى لو هلك] » وما بين المعقوفين تكرار بين ، وقد سقط من

(ب) ، و (ج) ، و (د) فلم أثبت .

(٦) في (ج) « حكم » .

(٧) في (ب) « ألا يرى » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (د) « وإنما يصح » .

(١٠) سقط من (ب) .

(١١) بدائع الصنائع (١٠٧/٦) ، والبناءية (١٣١/٩) .

(١٢) في (ب) « قاله » .

فأعطاه كان هذا على الودیعة ؛ لأن للإعطاء^(١) جهات ، فعند الإطلاق يحمل على [أقلها]^(٢)، وهو الودیعة . وذكر في كتاب الهبة في^(٣) المنتقى : أن قوله : أعطني ، أعطيتك . على الهبة^(٤) .

رجل جاء بثوب إلى رجل^(٥) وقال : هذا الثوب [ودیعة]^(٦) عندك . ولم يقل الآخر شيئاً ، بل سكت ، ثم غاب صاحب الثوب ، ثم غاب الآخر [بعده]^(٧) وترك الثوب [هناك ، وضاع الثوب]^(٨) فهو ضامن ، لأنه قبل دلالة .

[وكذلك إذا جاء بثوب]^(٩) ووضع بين يديه ولم يقل شيئاً ، وباقي المسألة بحالها فهو ضامن ؛ لأنه أودع^(١٠) عرفاً^(١١) ، والآخر قبل عرفاً^(١٢) ، (هذا إذا لم يقل الآخر شيئاً باللسان)^(١٣) [١٣] . وإن قال الآخر : أنا لا أقبل الودیعة . وباقي المسألة بحالها فلا

(١٣) سقط من (ج) .

(١) في (ج) « الإعطاء » .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « أقلهما » ، وفي (ب) « أقلها » والتصويب من (ج) .

(٣) في (ب) ، و (ج) ، و (د) ، « من » .

(٤) فتاوى قاضى خان (٣ / ٣٦٩) ، والبنایة (٩ / ١٣١) .

(٥) في (ب) « جاء رجل بثوب رجل » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (د) « بعد » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) « وضاع الثوب ، صاحب الثوب أودع دلالة ، وذلك الرجل قبل دلالة » .

(٩) في (ج) « بالثوب » .

(١٠) في (د) « أوع » .

(١١) في (ج) « دلالة » .

(١٢) في (ج) « وذلك الرجل قبل دلالة » .

(١٣) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) . وبعدها عبارة هي : وإن قال الآخر : أنا لا أقبل الودیعة وباقي

المسألة بحالها ، فهو ضامن ؛ لأن صاحب الثوب أودع دلالة ، وذلك الرجل قبل دلالة . [والعبارة =

ضمان؛ لأن الدلالة إنما تعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافه^(١) .

في فتاوى أهل سمرقند: رجل دخل بدابته خاناً^(٢)، وقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ . فقال: هناك، فربطها وذهب، ثم رجع فلم يجد دابته، فقال لصاحب الخان: إن صاحبك أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، فصاحب الخان ضامن؛ لأن قول صاحب الدابة لصاحب الخان: أين أربطها . استحفاظ، وقول صاحب الخان: هناك . إجابة^(٣) إلى الحفظ [فصار جودها]^(٤) إلى الحفظ^(٥) فصار مودعاً، فيصير ضامناً بالتضييع .

وكذلك إذا دخل رجل الحمام ثم قال^(٦) لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟، فقال صاحب الحمام: ثمة، فوضع فدخل^(٧) الحمام، ثم خرج [ودخل الحمام، ثم خرج]^(٨) رجل آخر وأخذ ثيابه وذهب فصاحب الحمام ضامن لما قلنا . وإن وضع الثياب بمراً عين صاحب الحمام ولم يقل شيئاً، والباقي^(٩) بحاله فهذا على وجهين: إما أن لا يكون للحمام ثيابي وهو الذي يقال له^(١٠) بالفارسية: «جامه دار»^(١١)، أو يكون له ثيابي وهو

= مكررة ومتداخلة وهو وهم من الناسخ .

(١) فتاوى أبي الليث، لوحة رقم (٢٢٤)، وفتاوى قاضيخان (٣/٣٦٩)، والبنابة (٩/١٣١) .

(٢) الخان هو: ما ينزله المسافرون، والجمع (خانات)، وفي القاموس المحيط: الخان الخانوت أو صاحبه وخان التجار (مولد) القاموس المحيط ص ١٥٤٢، والمصباح المنير (١/١٨٤)، ولسان العرب (١٣/

١٤٦)، والمعجم الوسيط (١/١٠٢) .

(٣) في (ب) «العارية»، وقد صححت في الهامش إلى: «إجابة» .

(٤) كذا في (أ)، و(د)، ولعل المراد: صار أمرها .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ب)، و(ج) .

(٦) في (ج) «وقال» .

(٧) في (ب)، و(ج) «ودخل» .

(٨) مابين المعقوفين تكرر في (أ)، و(د) .

(٩) في (ب) «والثاني» .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) الثيابي هو: من يحفظ الثياب في الحمام . في القاموس المحيط: والثوب: اللباس، وبائعته وصاحبه=

حاضر، ففي الوجه الأول^(١) الضمان على صاحب الحمام؛ [لأن وضع الثياب بمرأى عين^(٢) صاحب الحمام^(٣)] ^(٤) والحالة^(٥) هذه استحفاظ لصاحب الحمام دلالة .

وفي الوجه الثاني : الضمان [٣/ ٢٨٠/ د] على الثيابي دون صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ للثيابي^(٦) دلالة فيضمن الثيابي ما يضمن المودع إلا إذا نص على استحفاظ [٢/ ٤٦٩/ أ] صاحب الحمام بأن قال لصاحب الحمام : أين أضع الثياب ؟ ، فحينئذ^(٧) يجب الضمان ، على صاحب الحمام^(٨) . وإن كان له ثيابي وهو حاضر . هذه الجملة في الباب الأول من^(٩) وديعة الواقعات^(١٠) .

وفي غصب فتاوى أبي الليث : رجل دخل الحمام ووضع ثيابه بمرأى عين صاحب الحمام ثم خرج فوجد صاحب الحمام نائماً وقد سرق ثيابه فإن نام قاعداً فلا ضمان^(١١) وإن وضع^(١٢) جنبه على الأرض فهو ضامن ؛ لأن هذا مودع ترك الحفظ . [وفي^(١٣) الوجه

+

= ثواب ، ومحمد بن عمر الثيابي المحدث : كان يحفظ الثياب في الحمام القاموس المحيط ص ٨٢ ، ولسان العرب (١/ ٢٤٣) ، والمعجم الوسيط (١/ ١٠٢) .

(١) سقط من (ب) ، وتكرر في (ج)

(٢) في (ب) « بمرأى عين » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « للثاني » .

(٧) في (ج) « فح » .

(٨) في (د) « الحمار » .

(٩) في (ج) « في » .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٤) ، واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٦ ، وفتاوى قاضخان (٣/ ٣٦٩) .

(١١) في (ب) « لاضمان » .

(١٢) في (ب) « وإن كان وضع » .

(١٣) ما بين المعقوفين في (أ) « وفي » ، والتصويب من باقي النسخ .

الثاني ، وفي الوجه الأول لم يترك الحفظ^(١) .

وفيه أيضا : رجل من أهل المجلس نام وترك كتابه ثمة فذهبوا جملة وتركوا الكتاب ثمة^(٢) فضاع الكتاب فالكمل ضامنون ، وإن قاموا واحداً بعد واحد^(٣) فالضمان على آخرهم ؛ لأن في الوجه الأول هم^(٤) حافظون . وفي الوجه الثاني تعين الآخر حافظاً ؛ كمن باع قفيز حنطة من قفيزين ، ثم هلك منهما قفيز يتعين القفيز الباقي للفقـد^(٥) ^(٦)] والله أعلم^(٧) .

(١) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٠٨) .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « وإن قام واحد بعده واحد » .

(٤) في (ب) « كلهم » وفي (ج) « الكل » .

(٥) في (ب) ، و (د) « للعقد » ، و سقط من (ج) .

(٦) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٠٨) ، و (٢٢٠)

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

الفصل الثاني

في حفظ الوديعة بيد الغير .

إذا دفع الوديعة إلى بعض [من في عياله] ^(١) نحو: المرأة والابن الكبير الذي هو في عياله والأب إذا كان في عياله والأجير فهلكت لم يضمن استحساناً؛ لأن الدفع إلى هؤلاء حصل بإذن صاحب الوديعة دلالة، بيانه: أنه لا بد للمودع من الخروج من ^(٢) منزله ^(٣) لإقامة مصالحه ، وعسى أن يكون ^(٤) إخراج الوديعة مع نفسه فيتركها في منزله ، وإذا ^(٥) تركها في منزله فقد صارت في يد من هو في عياله ، فكان صاحب الوديعة راضياً بيد من في عياله من هذا الوجه ، فهو معنى قولنا : الدفع إلى هؤلاء حصل بإذن صاحب الوديعة .

والمراد من الأجير المذكور في الكتاب : الأجير الخاص الذي أستأجره مشاهرة أو مسانهة ^(٦) ويسكن معه . أما الأجير لعمل من الأعمال أو الذي يجري عليه نفقته كل شهر ولا يسكن معه ، ويقال بالفارسية : « آجرا خوار » ^(٧) فهو وسائر الأجانب سواء فيضمن بالدفع إليهما ^(٨) .

(١) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « عن » .

(٣) في (ج) « منزل » .

(٤) في (ج) « وعسى لا يمكنه » .

(٥) في (ج) « فإذا » .

(٦) المشاهرة : من شاهرة مشاهرة وشهارة ، استأجره للشهر . القاموس المحيط ص (٥٤٠) .

المسانهة من سانهة مسانهة ، وسناهة ، ويقال : سناه مسانهة : عامله بالسنة . القاموس المحيط

ص (١٦١٠) ، والمصباح المنير (٢٩٢ / ١) ، لسان العرب (٤٣٢ / ٤) .

(٧) آجرا خوار كلمة فارسية ، المراد به : من يؤاجر نفسه على شدة جوعته وشيع بطنه .

(٨) في (ب) « إليهما » ، وفي (ج) « إليه » .

فأما الابن الكبير [إذا لم يكن في عياله] ^(١) أو الأب ^(٢) أو الأم إذا لم يكن في عياله فدفع إليه ضمن، والابن الصغير إذا لم يكن في عياله فدفع إليه لا يضمن؛ لأن تدبيره إلى الأب وإن لم يكن في عياله؛ ولكن يشترط أن يكون الصغير قادراً على الحفظ .

وفي حق الزوجة لا يشترط ^(٣) المساكنة والنفقة، حتى إن المرأة إذا كانت تسكن في محلة، والزوج يسكن في محلة أخرى ولا ينفق عليها فدفع الوديعة إليها فلا ضمان، والزوجة في حق هذا الحكم [٦ / ٥٠ / هـ] بمنزلة الابن الصغير للمعنى الذي ذكرنا .

ولو دفعت المرأة الوديعة إلى زوجها فلا ضمان عليها وإن لم يكن الزوج في عياله؛ لأنه يسكن معها، والعبرة في هذا الباب للمساكنة إلا في حق [الزوجة] ^(٤) والولد الصغير والعبد ^(٥) للمعنى الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة لا للنفقة، ألا ترى ^(٦) أنه ^(٧) [إذا] ^(٨) دفع الوديعة إلى ابنه الكبير الذي يسكن معه وترك ^(٩) المنزل عليه فإنه لا يضمن وإن لم يكن الابن في نفقته . ولو كان له امرأتان ولكل واحدة منهما ابن من غيره يسكن معها فهما في عياله لا يضمن بدفع الوديعة إلى أبيهما ^(١٠) .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) في (ج) « والأب » .

(٣) في (د) « لا تشترط » .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « الزوج » ، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(٥) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٦) في (ب) « ألا يرى » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ج) « ويترك » .

(١٠) مختصر الطحاوي ص (١٦٤)، واللباب (١٩٦/٢)، والنتف في الفتاوى ٥٧٨/٢، والمبسوط

(١١/١٠٨)، وتحفة الفقهاء (٣/١٧١)، و بدائع الصنائع (٦/٢٠٧)، و فتاوى قاضيخان

(٣/٣٧٣)، والهداية (٣/٢١٥)، وتبيين الحقائق (٥/٧٧)، والبنية (٩/١٣٣) .

وإذا دفع [الوديعة]^(١) إلى من ليس في عياله إن كان الدفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فأخرجها من بيته ودفعها إلى جاره فلا ضمان عليه [في هذا]^(٢) ، وما أشبه^(٣) هذا استحساناً .

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح : إذا وقع في بيت المودع حريق فإن أمكنه أن يناولها بعض^(٤) من في عياله فناولها أجنبياً ضمن ولو^(٥) كان لا يجد بداً من الدفع إلى الأجنبي لا يضمن .

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح أيضاً : الحريق إن^(٦) كان غالباً وأحاط بمنزل^(٧) المودع : إذا ناول الوديعة جاراً له لا يضمن استحساناً ، وإن لم يكن أحاط بمنزله^(٨) ضمن . هذا إذا كان الدفع [لضرورة ، وإن كان الدفع]^(٩) لغير ضرورة فهلك [في]^(١٠) يد الثاني : إن هلك قبل أن يفارق الأول الثاني فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف^(١١) ، وإن هلك بعد ما فارقه الأول فالأول يضمن بلا خلاف . وأما الثاني ففيه خلاف ، على قولهما : يضمن^(١٢) . وعلى قول أبي حنيفة : لا يضمن ؛ لأن بهذا الدفع صار المال أمانة في يد الثاني ؛ لأن للأول أن يحفظ الوديعة بيد الثاني بحضرته ،

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) في (ج) « وما يشبه » .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ج) « وإن » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « إذا » .

(٧) في (ب) « وقد احتاط بمنزله » .

(٨) في (ج) « بمنزل المودع » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ب) ، و (ج) « فلا ضمان على أحد بلا خلاف » .

(١٢) سقط من (ج) .

ولهذا لو هلك في يد الثاني [قبل أن يفارقه الأول لاضمان على واحدٍ منهما، فهو معنى قولنا : أن المال حصل أمانة في يد الثاني]^(١) والأمانة لا تضمن^(٢) [بدون التعدي ولم يوجد من الثاني التعدي إنما وجد من الأول حيث فارقه فإن ادعى المودّع الضرورة]^(٣) بأن ادعى أنه وقع الحريق في بيته، ذكر القدوري : أنه لا يصدقُ إلا ببينة في قول أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وذكر في المنتقى إن علم أنه قد احترق بيته قبل قوله وإن لم يعلم لا يقبل قوله^(٤) إلا ببينة^(٥) .

وفي القدوري : يقول إذا حفظ الوديعة في حرز ليس فيه ماله يضمن ، والمراد منه : حرز غيره ؛ لأن الحرز في يد ذلك الغير فصار الوضع في الحرز كالتسليم إلى ذلك الغير، أما إذا استأجر حرزاً لنفسه وحفظ فيه لم يضمن وإن لم يكن فيه ماله ؛ لأنه بمنزلة بيته^(٦) .
وسئل نجم الدين عن خفاف^(٧) جرى^(٨) إلى القرى للاكتساب فأعطاه رجل^(٩) خفاً ليصلحه، فوضعه مع رحله في دار ، ودخل البلد^(١٠) فسرق الخف ؟ قال : إن كان اتخذ

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « ولا يضمن » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ب) « إن علم أنه قد احترق بيته قبل قوله وإلا لم يقبل قوله » .

(٥) مختصر الطحاوي ص (١٦٤) ، والمبسوط (١٠٨ / ١١) ، وتحفة الفقهاء (١٧١ / ٣) ، و بدائع

الصنائع (٢٠٧ / ٦) ، و فتاوى قاضيخان (٣٧٣ / ٣) ، و الهداية (٢١٥ / ٣) ، وتبيين الحقائق

(٧٧ / ٥) ، والبنية (١٣٣ / ٩) .

(٦) بدائع الصنائع (٢٠٩ / ٦) ، و الفتاوى الهندية (٣٤١ / ٤) .

(٧) الخفاف : هو بائع الخفاف وصانعيها ، والخفاف جمع خف ، وهو ما يُلبس على الرجل من جلد رقيق .

المصباح المنير (١٧٦ / ١) ، ولسان العرب (٨١ / ٩) ، و القاموس المحيط ص (١٠٤١) ،

والمعجم الوسيط (٢٤٧ / ١) .

(٨) في (ج) « خرج » .

(٩) في (أ) ، و (د) « رجلاً » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « البلدة » .

داراً للسكنى^(١) بأي طريق^(٢) كان فلا ضمان عليه ، وإن كان وضعه في دار رجل لا يسكن هو معه في تلك الدار فهو ضامن ؛ لأنه أودع الأمانة [٢ / ٤٧٠ / ١] أجنبياً من غير ضرورة .

إذا كانت^(٣) عند امرأة وديعة ، حضرته الوفاة [فدفعتها]^(٤) إلى [جارتها]^(٥) فهلكت عندها فإن لم يكن وقت وفاته فإنه بحضرته أحد من عياله فلا ضمان لأنها دفعت الوديعة إلى الأجنبية لضرورة . في فتاوى أبي الليث .

وفي هذا الموضع أيضاً : إذا أجر المودع بيتاً من داره من إنسان ودفعت إليه^(٦) الوديعة إلى هذا المستأجر فهذا على وجهين : أما إذا^(٧) كان [لكل واحد منهما]^(٨) أعني الأجر والمستأجر غلق^(٩) على حدة ، وفي هذا الوجه عليه الضمان ؛ لأنه ليس في عياله ولا بمنزلة من في عياله ، وإن لم يكن لكل واحد منهما [غلق على حدة ، وكل واحد منهما]^(١٠) يدخل على صاحبه بغير^(١١) حشمة فلا ضمان ؛ لأنه بمنزلة من في عياله^(١٢) .

(١) في (ب) ، و (ج) « دار السكن » .

(٢) في (ج) « بأي وجه » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « وإذا كان » .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، « فدفعتها » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، « جارة » ، وفي (ج) « جارة لها » ، والتصويب من (د) .

(٦) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٠) .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « أما إن » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) ، « فيهما » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٠) الغلق : هو ما يعلق به الباب فيمنع الداخل من الخروج ، والخارج من الدخول فلا يفتح إلا بالفتاح .

وفي القاموس المحيط : بابٌ غُلِقَ بضمين مُغْلَقٌ ، وبالتحريك المغلاق وهو ما يُغلق به الباب .

وفي اللسان : الغلق : بالتحريك : المغلاق ، وهو ما يعلق به الباب ويفتح ، والجمع : أغلاق

لسان العرب (١٠ / ٢٩١) ، المصباح المنير (١ / ٤٥١) ، والقاموس المحيط ص ١١٨٢ .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٢) في (ب) « لغير » .

وفي هذا الموضع أيضا : رجل غاب وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع وطلب الودیعة فلم يجدها ، فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج ، وإن كانت غير أمينة [وعلم الزوج]^(١) بذلك ومع هذا ترك الودیعة معها فهو ضامن^(٢) .
وعن هذه المسألة قالوا : (یتیم بأن رأیه غلام خویش ما تد)^(٣) فذهب الغلام بدائع الناس فأفتوا (کم یتیم بأن ضامن شود)^(٤) إن علم أن^(٥) الغلام^(٦) سارق وليس بأمين . [والله أعلم]^(٧) .

(١٣) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٠) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « علم الزوج » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٠) .

(٣) ما بين القوسين كلمات فارسية معناها : أبقى الودائع عند الغلام

(٤) ما بين القوسين كلمات فارسية معناها أنه يصير ضامناً لما فعله الغلام .

(٥) سقط من (د) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « غلامه » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) « والله أعلم بالصواب » ، وفي (د) « والله

تعالى أعلم » . وفي هامشها زيادة هي : « وفي تجنيس الناصري : الوالي إذا جنى نفقة لحفر النهر ووضع عند صيرفي ، فضاع ؛ إن وضع باسم حفر النهر ، أو باسم الوالي ضاع من مال الجميع ، وإن وضع باسم الرجل الذي أخذ منه ضاع من مال الرجل خاصة » . اهـ . وأشار إلى نقلها من التتارخانية .

[الفصل الثالث] ٥٨ / ٢ [ب]

(في الشرط)^(١) في الوديعة ، ما يجب اعتباره وما لا يجب اعتباره^(٢) .

قال محمد في الأصل : إذا أودع رجل رجلاً ألف درهم وقال له : [خبئها]^(٣) في بيتك هذا^(٤) . فخبأها في بيت آخر من داره تلك لا يضمن استحساناً ؛ لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد وهذا الشرط ، لا يفيد ، ألا ترى أنه لو قال له : [خبأها في هذا الصندوق] [الذي في بيتك]^(٥) . فخبأها في صندوق آخر في بيته فضاعت^(٦) لا ضمان^(٧) .

ولو^(٨) قال : [خبئها]^(٩) [في هذه]^(١٠) الدار . فخبأها في دار أخرى [في محلة أخرى]^(١١) أو في تلك المحلة فهو ضامن ؛ وإن كانت الثانية أحرز^(١٢) من الأولى . وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الوديعة .

وكذلك إذا قال : [خبأها في هذه الدار ولا تخبأها في دار أخرى]^(١٣) . [فخبأها في

لأخبرها
لأنه غرض

- (١) مابين القوسين سقط من (ب) .
- (٢) مابين المعقوفين سقط من (ج) .
- (٣) مابين المعقوفين في جميع النسخ « أخبأها » والصواب ما أثبتته .
- (٤) سقط من (ب) .
- (٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .
- (٦) في (ب) « وضاعت » وفي (ج) « فضاع » .
- (٧) المبسوط (١١ / ١٢١) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢١٠) .
- (٨) في (ب) ، و (ج) « وإن » .
- (٩) مابين المعقوفين في جميع النسخ « أخبأها » والصواب ما أثبتته .
- (١٠) مابين المعقوفين تكرر في (ج) .
- (١١) مابين المعقوفين سقط من (ب) .
- (١٢) في (ب) « من أحرز » .
- (١٣) في (ج) « الدار الأخرى » .

الدار الأخرى] ^(١).

وفي شرح الطحاوي: إذا كانت الدار التي خبأها فيها ([والدار الأخرى] ^(٢)) في الحرز على السواء [٢ / ٥٨٣ / جـ] [أو كانت] ^(٣) الدار التي خبأها فيها ^(٤) أحرز فلا ضمان عليه؛ سواء نهاه ^(٥) عن الخبء فيها [أو لم ينهه] ^(٦).

وفي نوادر هشام عن محمد: أنه إن كانت الدار الثانية أحرز فلا ضمان، ولم يذكر محمد في مسألة البيتين ما إذا قال: أخبأها في هذا البيت [٦ / ٥١ / هـ] ولا تخبأها في هذا البيت فخبأها في البيت المنهي عنه ^(٧).

ذكر شيخ الإسلام في كتاب الوكالة في باب وكالة الصبي: أنه يضمن.

وفي شرح الطحاوي: إذا كان البيت الآخر أحرز من المنهي عنه يضمن، وما لا فلا ^(٨)، والجواب في المصيرين نظير الجواب في الدارين ^(٩).

إذا قال المودع: أحفظ الوديعه بيدك ولا تضعها ^(١٠) ليلاً ولا نهاراً فوضعها [في بيته] ^(١١) وهلك فلا ضمان وإن كان هذا شرطاً مفيداً؛ لأنه لا يمكن اعتباره ^(١٢).

(١) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (جـ) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « وكانت » ، والتصويب من (جـ) ، و (د) .

(٤) مابين القوسين سقط من (ب) .

(٥) في (ب) « نهى » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (جـ) .

(٧) في هامش (د) : « وفي الزاد : وقال الشافعي : يضمن ، وفي الهداية : ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً ؛ بأن كانت الدار التي فيها الثياب عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عوره ظاهر صريح الشرط . وفي التجريد : ولو قال : صنع في كيسك فوضع في الصندوق فلا ضمان » ، وأشار إلى نقلها عن التتارخانية .

(٨) الميسوط (١١ / ١٢١) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢١٠) .

(٩) في (ب) « ولا يضعها » ، وفي (جـ) « فلا تضعها » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (جـ) .

(١١) الميسوط (١١ / ١٢١) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٩) .

إذا قال له : احفظ في هذا المصر . أو قال له : لا تخرجها ^(١) من ^(٢) هذا المصر . فسافر بها ، إن كان سفرأ له منه بدضمن ^(٣) ، وإن كان سفرأ لا بد منه ^(٤) [لا يضمن ، بيانه :] ^(٥) إن أمكنه حفظ الوديعة في المصر الذي أمر بالحفظ فيها مع [٣ / ٢٨١ / د] السفر إن ^(٦) كان ترك عبداً له في المصر المأمور به أو بعض من في عياله ، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن ؛ لأنه خالف شرطاً مفيداً من غير عذر ، وإن لم يمكنه ذلك ، [بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال] ^(٧) فسافر فلا ضمان ، هذا إذا عين عليه مكان الحفظ وإن لم يعين عليه مكان الحفظ ولم ينهه [عن الإخراج] ^(٨) عن المصر ؛ بل أمره بالحفظ مطلقاً فسافر بها ، إن كان الطريق مخوفاً يضمن بالإجماع ، وإن كان الطريق [آمناً] ^(٩) إن [كانت] ^(١٠) الوديعة شيئاً لاحتل [لها] ^(١١) ولا مؤونة فلا ضمان ؛ لأن الطريق إذا كان آمناً كان صالحاً للحفظ فيه فقد حفظ الوديعة في مكان صالح للحفظ ، والأمر بالحفظ مطلق فيدخل هذا النوع من الحفظ تحته . فأما إذا كانت الوديعة شيئاً [له حمل] ^(١٢) ومؤنة إن كان لا بد له من المسافرة بها ^(١٣) فإن كان عاجز عن الحفظ في المصر الذي أودعه فيه فإنه لا يضمن عندهم جميعاً . فأما إذا كان له بد من المسافرة بها فعلى قول أبي حنيفة -

- (١) في (ب) « لا يخرجها » .
- (٢) في (ج) « عن » .
- (٣) في (ج) « إن كان سفرأ له منذ بل يضمن » .
- (٤) في (ج) « لا بد له منه » .
- (٥) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .
- (٦) في (ب) ، و (ج) « بأن » .
- (٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .
- (٨) سقط من (ب) .
- (٩) ما بين المعقوفين في (أ) « آتسا » ، وما أثبت من باقي النسخ .
- (١٠) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « كان » ، والتصويب من (ج) .
- (١١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « له » ، والتصويب من (ج) .
- (١٢) ما بين المعقوفين في (أ) « لاحتل » . ، والتصويب من باقي النسخ .
- (١٣) سقط من (ب) .

رحمه الله - لا ضمان قربت المسافة أو بعدت [(عملاً بإطلاق الأمر بالحفظ) ^(١) وعلى ^(٢) قول محمد: يضمن قربت المسافة أو بعدت] ^(٣) لأن الأمر بالحفظ تقيد ^(٤) بمكان الوديعة عرفاً وعادة إذا كانت الوديعة شيئاً له حمل ومؤنة حتى لا يلزم صاحب الوديعة الحمل والمؤنة . وعلى قول أبي يوسف إن قربت المسافة فلا ضمان وإن بعدت فهو ضامن ^(٥) .

وإذا دفع الرجل إلى غيره وديعة وقال له : لا تدفعها ^(٦) إلى امرأتك فإني اتهمتها . أو قال : إلى ابنك . أو قال : إلى عبدك . وما أشبه ذلك ، فدفع إليه فإن كان لا يجد المودع بدا من الدفع إليه [بأن لم يكن له ^(٧) عيال سواه لم يضمن بالدفع إليه ، وإن كان يجد ^(٨) بداً منه] ^(٩) فهو ضامن ؛ لأنه خالف شرطاً مفيداً ؛ لأن من في عياله قد يتفاوتون في الحفظ ولا ضرورة له في ذلك ^(١٠) .

المودع إذا وضع الوديعة في خانوته ، فقال له ^(١١) صاحبها : لا تضع في الخانوت فإنه مخوف . فتركها فيه حتى سرق ليلاً فهذا على وجهين : إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الخانوت [لا يضمن] ^(١٢) وإن كان له ^(١٣) موضع آخر أحرز من الخانوت [٢ / ٤٧١ / ١]

(١) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(٢) في (ج) « وعند » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ج) « تقبل » .

(٥) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٥) ، والمبسوط (١١ / ١٢١) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٩) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « لا يدفعها » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) « تجد » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٠) ، والمبسوط (١١ / ١٢٢) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٩) .

(١١) سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٣) سقط من (ب) .

يضمن^(١) إذا كان قادراً على الحمل . في فتاوى أبي الليث^(٢) .
 رجل دفع إلى رجل مرأ^(٣) وقال : شق به^(٤) أرضي ، ولا تشق^(٥) به^(٦) أرض غيري .
 فشق الرجل أرض الأمر ، ثم شق^(٧) أرض غيره فضااع المر ، فهذا على وجهين : إما إن ضاع
 قبل أن يفرغ من الشق^(٨) الثاني أو بعد ما فرغ ، ففي الوجه الأول يضمن ؛ لأنه مودع
 مخالف ، وفي الوجه الثاني : لا ؛ لأن الشاق آجر ومعير^(٩) ، فكيف^(١٠) ما كان فالمر غير
 مستأجر ولا مستعار وإنما^(١١) هي وديعة ، فإذا شق^(١٢) بأرض غيره صار^(١٣) مخالفاً ، فإذا
 هلك قبل أن يفرغ من الشق^(١٤) فقد هلك في حالة الخلاف ، وإذا ترك الاستعمال عاد إلى
 الوفاق فيخرج عن الضمان وحكم الرهن كالوديعة . هذه الجملة في فتاوى الفضلي^(١٥) .
 وسئل أبو بكر : عن أكار^(١٦) لامرأة^(١٧) قالت له : لا تطرح^(١٨) أموال^(١٩)ي في منزلك .

(١) في (ج) « فهو ضامن » .

(٢) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٥) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٢) .

(٣) المر : بفتح الميم هو المسحاة أو مقبضها . القاموس المحيط ص (٦١٠) ، وفي لسان العرب : هو

المسحاة وقيل : مقبضها وكذلك هو المحراث (٥ / ١٧٠) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٨٦٢) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « اسق به » .

(٥) في (ب) « ولا شق » . وفي (ج) الكلمة مهملة .

(٦) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٧) في (ب) ، و (ج) « سقى » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « السقي » .

(٩) في (ج) « أجيراً ومعين » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) « وكيف » .

(١١) في (ج) « فإنما » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « سقى » .

(١٣) في (ج) « وصار » .

(١٤) في (ب) ، و (ج) « السقي » .

(١٥) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٧ ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٧٥) .

(١٦) الأكار : الحرث : والجمع أكررة ، كأنه جمع أكر في التقدير . المصباح المنير (١ / ١٧) ، =

وهو يطرح في منزله، ثم جنى جناية فهرب من منزله، فرفع السلطان ما كان في [منزله]^(١). قال: إن كان منزله قريباً من موضع [البيدر]^(٢) فلا ضمان عليه، لأن حجرها ليس بمعتبر؛ لأن حفظ الكدس^(٣) وتحصينه^(٤) كان على الأكار، وقد طرحه^(٥) في موضع أحسن من [البيدر]^(٦) وأخف مؤنة، فلا يكون ضامناً^(٧).

سئل الفقيه أبو بكر: قال المبضع^(٨) [للتاجر]^(٩): ضعها في هذا العدل^(١٠). وأشار إليها، فوضعها في الحقبة^(١١). قال: [ضمن]. وإن قال: ضعها في الجوالق من غير إشارة

= ولسان العرب (٢٦/٤)، والقاموس المحيط ص (٤٣٩).

(١٧) في (ب) «المرأة».

(١٨) في (ب) «لا يطرح».

(١٩) في (ب) «ابرا».

(١) مابين المعقوفين في (أ)، و(د) «منزله قبل»، وسقطت كلمة «قبل» من (ب) و(ج)، فلم أثبتها لذلك، ولعدم وجود معنى لها هنا.

(٢) مابين المعقوفين في (أ)، و(د) «التبدير»، وفي (ب) غير منقوطة، والتصويب من (ج).

والبيدر: من بيدر الطعام أي كَوَّمَهُ، والبيدر: موضعه الذي يداس فيه. والبيدر: الكُدُس.

المغرب ص (٣٧)، والمصباح المنير (٣٨/١)، والقاموس المحيط ص (٤٤٤).

(٣) الكُدُس بضم الكاف: الحب المحصود المجموع. القاموس المحيط ص ٧٣٤.

(٤) في (ج) «وتحصينها».

(٥) في (ب) «يخرجه».

(٦) مابين المعقوفين في (أ)، و(ب)، و(د) «التبدير»، والتصويب من (ج).

(٧) فتاوى أبي الليث، لوحة رقم (٢٢٤)، والفتاوى الهندية (٤/٣٤٢).

(٨) المبضع هو: هو صاحب البضاعة، والبضاعة: ما حَمَلَتْ آخَرَ بَيْعَهُ وإدارته، وهي: الطائفة من المال،

وقيل: اليسير منه، وقيل: طائفة من مالك تبعثها للتجارة.

المغرب ص (٤٤)، والمصباح المنير (٥٠/١)، ولسان العرب (١٥/٨).

(٩) مابين المعقوفين في (أ) «للمستأجر»، والتصويب من باقي النسخ.

(١٠) العِدْلُ بكسر العين: نصف الحِمْل، يكون على أحد جَنَبي البعير، والجمع أعداد وعدول.

المغرب ص (٣٠٦)، ولسان العرب (٤٣٢/١١)، والقاموس المحيط ص (١٣٣٢).

(١١) في (ب) «الحقة».

فوضعها في الحقیبة . قال [^(١)] : لا یضمن ^(٢) .

وضع الكتاب في يد متوسط ، وأمره بأن یسلم الصك إلى غريمه ؛ إن ^(٣) دفع إليه الدراهم قبل مضي ثلاثة أشهر ، فلم يدفع إليه إلا بعد مضي سنة ، فجاء الطالب ^(٤) یرید أن یسترد الصك منه . قال : إن علم إيفاء ^(٥) حقه قبل المدة أو بعدها يدفع المتوسط الصك إلى المطلوب دون الطالب ^(٦) .

قال ^(٧) محمد في ثلاثة نفر ^(٨) أودعوا رجلاً مالاً وقالوا : لا تدفع ^(٩) إلى أحد منا حتى نجتمع ، فدفع نصيب واحد منهم إليه . قال : ضمن قياساً ؛ وبه قال ^(١٠) أبو حنیفة - رحمه الله - ، ولم یضمن استحساناً ؛ وبه قال ^(١١) أبو یوسف - رحمه الله - ^(١٢) .

= والحقبة هي : الرقعة في مؤخر القتب ، وكل ما شئ في مؤخر رَحْلٍ أوقبت فقد احتُتِب .

والحقبة أيضا : ما يُجعل فيه المتاع والزاد ، وكل ما یحمل وراء الرَّحْل ، والجمع : حقائب .

لسان العرب (٣٢٤ / ١) ، والقاموس المحيط ص (٩٧) ، والمعجم الوسيط (١ / ١٨٧) .

(١) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٢) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٥) . والحوثل : بكسر الجیم واللام ، وبضم الجیم وفتح اللام

وكسرهما : وعاء . الجمع : جوالق كصحائف ، وجوالیق وجوالقات . القاموس المحيط ص (١١٢٦)

(٣) في (ب) « وإن » .

(٤) في (ب) « في الطالب » .

(٥) في (ب) « الفاء » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٤) ، وواقعات الناطقي للوحة رقم (١٣٥) .

(٧) في (ب) ؟ فقال « ، وفي (ج) « وقال » .

(٨) سقط من (د) .

(٩) في (ب) « لا يدفع » .

(١٠) في (ج) « أخذ » .

(١١) في (ج) « أخذ » .

(١٢) الجامع الصغير (٣٥٣) وفتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٢) ، ومختصر الطحاوي (١٦٤) ،

والاختيار لتعليل المختار (٢٧ / ٣) والهداية (٢١٧ / ٣) ، والبنایة (١٥٢ / ٩) ، وفتح القدير (٨ /

الفصل الرابع

فيما يكون تضييعا للوديعة وما لا يكون ،

وما يضمن به ^(١) المودع وما لا يضمن .

إذا قال المودع : سقطت الوديعة مني . أو قال بالفارسية : « بيتنا داز من » ^(٢) لا يضمن . ولو قال : أسقطت . أو قال بالفارسية : « أفكندم » ^(٣) ^(٤) يضمن . هكذا ذكر الفقيه أبو الليث في الفتاوى ^(٥) ^(٦) [وطعنوا في المسألتين جميعا فقالوا] ^(٧) ينبغي ^(٨) أن لا يضمن بمجرد قوله : أسقطت ، أو « بيفكندم » ؛ لأن نفس الإسقاط ليس يصلح موجبا للضمان ، ألا يرى ^(٩) أنه لو أسقطها ^(١٠) ثم رفعها أو لم يرفعها ^(١١) ولكن لم يبرح ^(١٢) عن ذلك المكان لا يضمن ، إنما يضمن بالإسقاط والذهاب عن ذلك الموضع ، والترك هناك أو الإسقاط في موضع تضييع ، كما في الماء ونحو ذلك ، فيكون ^(١٣) ذلك

(١) سقط من (ب) .

(٢) كلمات فارسية معناها : سقط ووقع مني .

(٣) في (ج) « بيفكندم » .

(٤) كلمات فارسية معناها : أسقطت وأوقعت . وقد تزايدت الكلمة باءً ، وتقلب الألف ياء فتصيح

الكلمة « بيفكندم » كما سيأتي بعد سطر .

(٥) في (ج) « فتاويه » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٥) وواقعات الناطفي اللوحة رقم (١٣٥) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٨) في (ب) ، و (ج) « وينبغي » .

(٩) في (ج) ، و (د) ، « ألا ترى » .

(١٠) في (ب) « أسقطت » وفي (ج) « أسقط » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « رفع أولم يرفع » .

(١٢) في (ب) « ولكن لا يبرح » .

(١٣) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « ليكون » .

تضييعاً ، والذي يؤيد هذا الإشكال : أن المودّع إذا دفع الوديعة إلى من ليس في عياله ، أو هلك (١) الوديعة في يد الثاني قبل أن يفارقه الأول [فإنه] (٢) لا ضمان (٣) على الأول بلا خلاف ، وإنما لا يجب (٤) عليه الضمان ؛ لأن مجرد الإيداع ليس بتضييع ، وإنما التضييع الذهاب وترك [٦ / ٥٢ / هـ] الحفظ ، ولم يوجد بعد ، والذي يؤيده (٥) أيضاً ما ذكر في المنتقى : قال (٦) الرجل لقوم : اشهدوا أن فلاناً أودعني كذا وكذا وأني قد بعث ذلك وقبضت ثمنها (٧) [أوقال له المودع مافعلت بوديعتي ؟ فقال : بعثتها وقبضت الثمن] (٨) لا يضمن بذلك ما لم يقل : ودفعتها ؛ لأن مجرد البيع ليس بسبب (٩) للضمان ، فكذلك في مسألتنا ينبغي (١٠) أن لا يجب الضمان بمجرد قوله : أسقطت ؛ بل يشترط مع ذلك أن يقول : [أسقطت وتركت ، أو يقول] (١١) أسقطت وذهبت ، أو يقول : أسقطت في الماء ، أو ما أشبه ذلك . [وقالوا في قوله : سقطت (وبيعاد) (١٢) وينبغي أن يضمن ؛ لأنها إنما سقطت لتقصير من جهته ، أما في [الشّدَّ أو] (١٣) في جعلها في محل لا يحتملها] (١٤) .

(١) في (ب) ، و (ج) « وهلك » .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) « لأنه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ج) « لا يضمن » .

(٤) في (ج) « وإنما لم يجب » .

(٥) في (ب) « يؤيد » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « إذا قال » .

(٧) في (ب) ، و (ج) ، و (د) ثمنه » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) في (ب) ، و (ج) « سبب » .

(١٠) في (د) « لا ينبغي » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٢) كذا في (أ) ، و (د) وسقطت من (هـ) ، ولم يتضح لي المراد منها .

(١٣) ما بين المعقوفين في (أ) « الشداد » ، والتصويب من (د) ، و (هـ) .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

وفي فتاوى [أبي] ^(١) الليث : سوقي قام من حانوته إلى الصلاة [أو لحاجة] ^(٢) وفي حانوته ودائع فضاع شيء منها لا ضمان عليه ؛ لأنه غير مضيع لما في حانوته ؛ لأن جيرانه يحفظونه ، [لا أن يكون] ^(٣) هذا إيداعاً من الجيران ؛ ليقال : ليس للمودع أن يودع ؛ لكن هذا مودع لم يضيع ^(٤) . وذكر الصدر الشهيد في آخر كتاب الغصب مسألة تدل على الضمان ههنا فيتأمل عند الفتوى ^(٥) .

وفي فتاوى أبي الليث : ولو أن المودع قال : وضعت الوديعة بين يدي فقامت ونسيتها . فضاع . يضمن ؛ لأن نسيانه تضييع منه ^(٦) .

ولو قال : وضعت بين يدي في داري . والمسألة بحالها ، ينظر : إن كان مالاً لا يحفظ ^(٧) في عرصة الدار ^(٨) ، وعرصة الدار لا تعد ^(٩) حرزاً له كصرة ^(١٠) الذهب ونحوها ^(١١) فكذلك . ولو قال : دفنت في داري [أو قال :] ^(١٢) في كرمي ونسيت موضعها

(١) مابين المعقوفين في (أ) « أبو » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) ، وفي (د) « أو إلى الحاجة » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٤) في (ب) « لم يضع » .

(٥) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٠) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٤) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٢) .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٥) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٥) ، .

(٧) في (ب) « مالا يحفظ » .

(٨) العرصة هي : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء ، وعرصة الدار ساحتها ، والجمع : عَرَاصٌ وعَرَصاتٌ وأغراضٌ^١ .

لمصباح المنير (٢ / ٤٠٢) ، ولسان العرب (٧ / ٥٢) ، والقاموس المحيط ص (٨٠٣) .

(٩) في (ب) « لا يعد » .

(١٠) في (ب) « كصرة » .

(١١) في (ج) « ونحوه » .

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

لم يضمن إذا كان للدار والكرم باب ؛ لأنه ليس بتضييع^(١) . وإن قال دفنت^(٢) في موضع آخر ونسيت مكانها يضمن ؛ لأنه تضييع^(٣) .

وكذلك لو لم يبين مكان الدفن^(٤) ؛ لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون [فيه]^(٥) فإن كان للدار والكرم باب لم يضمن وإن لم يكن لهما باب يضمن^(٦) .

وفي أول هذا الكتاب : إذا وضع الوديعة في مكان حصين فنسي اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم : [يضمن ، وقال بعضهم]^(٧) : لا يضمن .

قال الصدر الشهيد : والمختار أنه [إن]^(٨) قال : وضعت في داري فنسيت المكان ؛ [لا يضمن]^(٩) لأن له أن يضع في داره . وإن قال [٢ / ٤٧٢ / أ] لا أدري وضعت في داري أم في موضع آخر . يضمن ؛ لأنه لا يدري^(١٠) أنه وضع في موضع له ولاية [الموضع]^(١١) .

وقد قيل : إذا كانت الوديعة مدفونة في الدار أو في الكرم لا يشترط أن يكون لها باب ، ألا ترى أنه لو سرق المدفون في المفازة يقطع ، وإذا^(١٢) لم تكن مدفونة [؛ لكن

(١) في (ب) « ليس بتضييع » ، وفي (ج) « ليس بمضييع » .

(٢) في (ب) « دفنت » .

(٣) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٢) وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٤) ، والفتاوى

الهندية (٤ / ٣٤٣) .

(٤) في (ب) « وكذلك لو لم يبين مكانها » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٢) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٣) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ج) « إذا » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) « لا يدري » .

(١١) ما بين المعقوفين في (أ) « الموضع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (د) « وإن » .

كانت موضوعة] ^(١)، إن كانت موضوعة في موضع لا يدخل فيه أحد ^(٢) إلا بالاستئذان لا يضمن وإن لم يكن [له] ^(٣) باب ^(٤) .

المودّع إذا وضع الوديعة في الجبّانة ^(٥) فسرت الوديعة [ضمن ؛ لأنه ضيعها ، فإن توجهت السراق نحو المودّع فدفن الوديعة في الجبّانة حتى لا يؤخذ من يده وفّر من خوفهم . ثم جاء فلم يظفر بالمكان الذي دفن الوديعة فيه] ^(٦) إن أمكنه أن يجعل له علامة فلم يفعل ضمن ، وإن لم يمكنه أن يجعل لذلك علامة وأمكنه العود بأقرب الأوقات بعد زوال الخوف فلم يعدّ وأخره ^(٧) ثم جاء فلم يجد الوديعة كان ضامناً ^(٨) .

وإن كان رب الوديعة معه يذهبان جملة ^(٩) فلما توجهت ^(١٠) السراق قال رب الوديعة : ادفنها فدفنها ثم ذهب السراق وذهبوا أيضاً بعد ذلك ، أو ذهبوا أولاً ثم ذهب السراق ثم حضروا فلم يجدوا المدفون فلا شك ^(١١) أن المودّع لا يكون ضامناً في هذه الصورة حيث دفن بأمر المالك . وأما إذا كان المودّع وحده [٣ / ٢٨٢ / د] والمسألة بحالها فالجواب فيها على التفصيل : إن ذهب السراق أولاً وتمكن ^(١٢) المودّع من دفع الوديعة فلم

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ب) « لا يدخل عليه أحد » . وفي (ج) « لا يدخل فيه عليه أحد » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٥) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٣) .

(٥) الجبّانة : مثقل الباء ، وبثبوت الهاء أكثر من حذفها هي : المصلّى في الصحراء ، ربما أطلقت على

المقبرة ؛ لأن المصلّى غالباً يكون في المقبرة ، وقد يطلق على الصحراء .

الغرب ص (٧٤) ، والمصباح المنير (١ / ٩١) ، والقاموس المحيط ص (١٥٣٠) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) سقط من (ب) ، وفي (ج) « وأخر » .

(٨) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٣) .

(٩) أي يذهب المودّع ورب الوديعة معاً .

(١٠) في (ج) « توجه » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « لاشك » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « ويمكن » .

يدفع^(١) وترك ثمة مع الإمكان فهو ضامن . وأما إذا مكث السارق ثمة ولم يمكنه الفرار ثمة لخوفهم فذهب ، ثم جاء فلم يجد فهذا على وجهين : إن جاء على فور^(٢) ما أمكنه وزال الخوف فلم يجد لا يكون ضامناً ، وإن أخر مع الإمكان كان ضامناً ، استدلالاً بمسألة ذكرها في كتاب الغصب والضمان من فتاوى أهل سمرقند : أن السفينة إذا خيف غرقها فرفعوا بعض الحمولات ووضعوه في ناحية فضاع شيء من ذلك ، إن ضاع قبل زوال الخوف لا يكون الرافع ضامناً وإن ضاع بعد زوال الخوف كان ضامناً ؛ [لأنه لما زال الخوف وجب عليه إعادتها إلى السفينة ، فحيث أخر وقصر كان ضامناً] كذا ههنا^(٣) .

الوديعة إذا أفسدتها الفأرة ، وقد اطلع المودع على نقب معروفة^(٤) ؛ إن كان أخبر صاحب الوديعة أن هناك^(٥) نقب^(٦) الفأرة فلا ضمان وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه ولم يسده^(٨) ضمن ؛ لأنه ضيعها^(٩) .

وفي مجموع [٦/٥٣ هـ] النوازل : سئل نجم الدين عمن دفع خفاً إلى خفاف ليصلحه^(١١) [فتركه]^(١٢) الخفاف في حانوته فسرق ليلاً . هل يضمن ؟ قال : [لا]^(١٣) .

(١) في (ب) « من رفع الوديعة فلم يرفع » .

(٢) في (ب) « على قدر » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٤) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٢) .

(٥) في (ج) « على ثقب معروف » .

(٦) في (ب) « إذا هنا » .

(٧) في (ج) « ثقب » .

(٨) في (ج) « ولم يشده » .

(٩) في (ب) « منعها » .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٢٣) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٥) ، والفتاوى

الهندية (٤ / ٣٤٤) .

(١١) في (ب) « يصلحه » .

(١٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) ، « فترك » ، والتصويب من (ج) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

كان في الحانوت حافظ ، [أوفي] ^(١) السوق حارس ^(٢) .
 وكان الشيخ ^(٣) الأجل ^(٤) ظهير الدين يفتي بعدم الضمان وإن لم يكن هناك حافظ
 ولا حارس ، وقد قيل : يعتبر العرف ؛ إن كان العرف فيما بين الناس أنهم يتركون الأشياء
 في الحوانيت من غير [حافظ فيها] ^(٥) ومن غير حارس في السوق فلا ضمان ، وإن كان
 العرف بخلافه يجب الضمان ، ولذلك ^(٦) قيل لو ترك باب الدكان مفتوحاً [وكان في
 موضع ذلك عرفهم وعادتهم لا ضمان . وفي بخارى جرى العرف بترك باب الدكان
 مفتوحاً] ^(٧) باليوم ، وتعليق شيء على باب الدكان نحو الشبكة ^(٨) وأشباه ذلك ،
 والرواية محفوظة في ما ترك الحائك الثوب الذي نسج بعضه والغزل ^(٩) في بيت الطراز ^(١٠)
 ولم يكن هناك [حافظ ولا] ^(١١) حارس في السوق أنه لا ضمان على الحائك ^(١٢) [٢ /

(١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « وفي » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٢) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٤) .

(٣) في (ب) « كان الشيخ » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « الإمام الأجل » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، وفي (ب) « حافظ منها » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ج) « وكذلك » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) الشبكة هي : المصيدة للصيد وشرك الصياد في البر والبحر ، وأكثر ما تتخذ من الخيط المشبك .

لسان العرب (١٠ / ٤٤٧) ، والقاموس المحيط ص (١٢١٩) ، والمعجم الوسيط (١ / ٤٧١) .

(٩) الغزل هو : الحياوط المفتولة من الصوف والقطن والكتان بالمِغزَل وهو أداة الغزل ، من غزل الصوف
 غَزْلًا ، إذا قتله خيطاً بالمِغزَل .

لسان العرب (١١ / ٤٩١) ، والقاموس المحيط ص (١٣٤١) ، والمعجم الوسيط (٢ / ٦٥٢) .

(١٠) بيت الطراز : الموضع الذي تُنْسَج فيه الثياب الجيدة ، وقد طرّز الثوب فهو مطرّز ، والجمع طُرُز وأطرزة .

المصباح المنير (٢ / ٣٧١) ، ولسان العرب (٥ / ٣٦٩) ، والقاموس المحيط ص (٦٦٢) ،

والمعجم الوسيط (٢ / ٥٥٤) .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٢) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٤) .

٥٩/ب].

وفي فتاوى أبي الليث المودع إذا وضع الوديعة في الدار وخرج والباب مفتوح فجاء سارق ودخل الدار وسرق الوديعة فإن لم يكن في الدار أحد ولا في^(١) موضع يسمع المودع^(٢) [الحس^(٣)] يضمن^(٤)، لأن هذا تضييع^(٦)^(٧).

إذا ربط [دابة]^(٨) الوديعة على باب داره وتركها ودخل الدار فضاعت؛ إن كان بحيث يراها فلا ضمان، وإن كان بحيث لا يراها، فإن كان في المصرف فهو ضامن^(٩)، وإن كان في القرى فلا ضمان، وهذا لأن العادة^(١٠) في حق أهل القرى أن النساء^(١١) يجلسن على باب دورهن فيحفظن ما على باب جارهن فلم يكن مضيعاً، ولا كذلك في الأمصار^(١٢).

وإن ربطها في الكرم أو على رأس الفاليز، وذهب^(١٣) فقد قيل: إن غاب عن بصره فهو ضامن، وإن لم يغب عن بصره فلا ضمان. وقد قيل: إذا كان للكرم باب وحيطان

(١) في (ج) «أخذ في».

(٢) سقط من (ج).

(٣) مابين المعقوفين في (أ)، و(ب) «الحنين»، والتصويب من (ج)، و(د)، و(ه).

(٤) الحس: بكسر الحاء: الحركة والصوت الخفي، وأن يمبرك قريباً فتسمعه ولا تراه. كالحسيس.

القاموس المحيط ص (٦٩٣)، المغرب ص (١١٥)، والمصباح المنير (١/١٣٥)، ولسان العرب

(٤٩/٦).

(٥) سقط من (ج).

(٦) في (ج) «لأن هذا الصيع».

(٧) فتاوى أبي الليث، اللوحة رقم (٢٢٣)، وواقعات الصدر الشهيد، اللوحة رقم (١٤٥).

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ)، و(د)، والتصويب من (ب)، و(ج).

(٩) في (ج) «ضمن إن كان في المص».

(١٠) في (د) «لأن أهل العادة».

(١١) في (ب)، و(ج)، و(د) «النسوة».

(١٢) الفتاوى الهندية (٤/٣٤٤).

(١٣) في (ج) «فذهب».

فلا ضمان على كل حال ، وقد قيل : يعتبر العرف [في هذا] ^(١) وقد مرّ جنس هذا ^(٢) .
 المودّع إذا جعل دراهم الوديعة في خُفِّه فسقطت عنه قيل : إن جعلها ^(٣) في الخف
 اليمنى فهو ضامن ؛ [لأنه لا يحتاج ^(٤)] إلى رفع الرجل اليمنى عند الركوب وإن جعلها في
 الخف اليسرى فلا ضمان ، وقيل : لا ضمان على كل حال ؛ لأن العادة جرت بجعل الناس
 أموالهم في خفافهم ولا يميزون بين اليمنى واليسرى ^(٥) .
 وكذلك إذا ربط دراهم الوديعة في طرف كفه ^(٦) أو جعلها في الأذن أو في طرف
 العمامة فلا ضمان ؛ لأن الناس في عاداتهم كذلك يفعلون ^(٧) في أموالهم ^(٨) ويعدون
 ذلك حفظا .

وكذلك لو شدّ دراهم الوديعة على منديل ووضع في كفه فسرق ^(٩) منه فلا ضمان .
 في فتاوى أبي الليث ^(١٠) .

إن ^(١١) جعل الرجل دراهم الوديعة في جيبه وحضر مجلس الفسق فسرق منه فلا
 ضمان ؛ لأنه يحفظ ماله هكذا ذكر ^(١٢) في فتاوى النسفي ، وإن ظن أنه جعلها في جيبه

(١) ما بين المعنوفين سقط من (ج) .

(٢) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٤) .

(٣) في (د) « يجعلها » .

(٤) في (ب) ، و (د) « لأنه يحتاج » .

(٥) في (ب) « ولا يميزون على اليمنى واليسرى » وفي (ج) « ولا يميزون بين اليمنى واليسرى » .

(٦) الكم هو : مدخل اليد ومخرجها من الثوب ، والجمع أكمام ، وكِمَمَة . القاموس ص (١٤٩١) .

(٧) في (ج) « يفعلون كذلك » .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « بأموالهم » .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢١) وواقعات الناطفي اللوحة رقم ١٣٥ ، والفتاوى الهندية

(٤ / ٣٤٥) .

(١١) في (ب) ، و (د) : « وإن » ، وفي (ج) « وإذا » .

(١٢) في (ج) « ذكره » .

فإذا هي لم تدخل^(١) الجيب فعليه الضمان^(٢) .

إذا قال المودع: لا أدري أضيعت الوديعة أو لم أضيع^(٣)؟ يضمن [٢/ ٤٧٣/ أ] .
ولو^(٤) قال: لا أدري أضاعت الوديعة أو لم تضع^(٥)؟ فلا ضمان ؛ لأن في الوجه الأول
تحقق ما توهم^(٦) يجب الضمان ، وفي الوجه الثاني لا^(٧) (٨) .

في فتاوى أهل سمرقند امرأة أودعت صبية من بنات سنة فاشتغلت^(٩) بشيء
فوقعت الصبية في الماء لا ضمان عليها . فرق بين هذا وبين الغصب . هكذا ذكر المسألة
في فتاوى أبي الليث ، وفي هذا الجواب نوع نظر ، وينبغي أن يقال : إن لم يغب عن
بصرها فلا ضمان وإن غابت عن بصرها فهي ضامنة^(١٠) .

إذا نام المودع ، وجعل الوديعة تحت رأسه وتحت جنبه ، فضاع ، فلا [٢/ ٥٨٤/ ج]
ضمان عليه . وكذلك إذا وضعها بين يديه ونام^(١١) ، وهو الصحيح وإليه مال شمس الأئمة
السرخسي في شرح كتاب السرقة^(١٢) .

قالوا: إنما لا يجب^(١٣) الضمان في الفصل الثاني إذا نام قاعداً ؛ أما إذا نام مضطجعاً

(١) في (ب) « لم يدخل » .

(٢) فتاوى قاضيهان (٣/ ٣٨١) ، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٤٥) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « أولم أضع » .

(٤) في (ج) « أو » .

(٥) في (ب) « أولم تضع » .

(٦) في (ب) « لأن في الوجه الأول لو تحقق ما توهم » ، وفي (ج) « لو تحقق ما زعم » .

(٧) في (ج) « لا يجب » .

(٨) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٧ ، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٤٢) .

(٩) في (ج) « واشتغلت » .

(١٠) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢١) ، واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٤ . ، والفتاوى

الهندية (٤/ ٣٤٥) .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) المبسوط (٩/ ١٥٥) ، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٤٥) .

(١٣) في (ب) « إنما تجب الضمان » .

فعليه الضمان ، وقد مرّ شيء من ذلك^(١) فيما تقدم ، وهذا إذا كان في الحضر؛ أما إذا كان في السفر فلا ضمان عليه^(٢) نام قاعداً أو مضطجعا^(٣) .

وفي فتاوى أبي الليث : سئل أبو [القاسم]^(٤) : عمن حمل ثياب الوديعة على دابته ، فنزل عن دابته في بعض الطريق ، ووضع الثياب تحت جنبه^(٥) فسرق الثياب . قال : إن أراد به الترفق فهو ضامن وإن أراد به الحفظ فلا ضمان .

وإن كان مكان الثياب كيس^٦ فيه دراهم لم يضمن ؛ لأنه لا يجعل^(٦) ذلك بالدراهم [إلا]^(٧) للحفظ^(٨) .

وفيه أيضاً : إذا كانت الوديعة شيئاً يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب ، فإن رفع المودّع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه جاز ، وهو الأولى ، وإن لم يرفع حتى فسدت^(٩) لأضمان عليه ؛ لأن حفظ الوديعة على مقدار ما أمر به^(١٠) .

وفي الجامع الأصغر : سئل أبو [القاسم]^(١١) : عمن عنده وديعة ، فرفعها رجل ، فلم يمنعه المودّع^(١٢) ؛ [قال]^(١٣) إن أمكنه منعه ودفعه فلم يفعل^(١٤) فهو ضامن ، وإن لم يمكنه

(١) في (ج) « من هذا » .

(٢) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٥ . الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٥) .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ج) « القسم » .

(٥) في هامش (د) زيادة : « تحت جنبه [ونام عليها] » .

(٦) في (ج) « لأنه لم يجعل » .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « لا » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨١) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٦) .

(٩) في (ج) « فسد » .

(١٠) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٥ ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٤) .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ج) « القسم » .

(١٢) سقط من (د) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٤) في (ج) « ولم يفعل » .

ذلك لما أنه يخاف دعارته^(١) وضربه فلا ضمان^(٢).

وذكر شيخ الإسلام في أول وصايا الجامع : المودع إذا دل إنساناً على أخذ الوديعة، إنما يضمن المودع^(٣) إذا لم يمنع^(٤) المدلول من الأخذ حالة الأخذ، أما إذا منعه فلا ضمان [عليه]^(٥) (٦) .

وفي فتاوى النسفي : سئل عن مودع ربط سلسلة باب خزانته في الحبل ولم يقفل^(٧)، فخرج فسرقت الوديعة . قال : إن عُدَّ^(٨) هذا إغفالاً وإهمالاً ضمن، وما لا فلا^(٩).

وفي فتاوى الفضلي سئل عن خرج إلى الجمعة ، وترك باب حانوته مفتوحاً، وأجلس على باب الدكان ابناً صغيراً له^(١٠) وفي الحانوت ودائع الناس فسرقت الودائع قال إن كان الصبي ممن يعقل الحفظ ويحفظ الأشياء لم يضمن [٦ / ٥٤ / هـ] وإلا فهو

(١) في (ب) « وعاد به » ، وفي (جـ) « من دعارته » .

ومعنى دعارته : أي فساده وشره ، والدعر : الفساد ، والدعارة : الفسق ، والدعارة في الخلق بمعنى : الشراسة ، من دعر العود دَعَرًا : إذا كثر دخانه ، ولم يتَّقِدْ ، ومنه قيل للرجل الخبيث : دَعِرٌ فهو داعر .

المغرب ص (١٦٤) ، والمصباح المنير (١٩٤ / ١) ، ولسان العرب (٢٨٦ / ٤) ، والقاموس

المحيط ص (٥٠١)

(٢) فتاوى قاضيخان (٣٧٩ / ٣) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٦) .

(٣) في (ب) « الموضع » .

(٤) في (ب) « يمنع » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (جـ) .

(٦) فتاوى قاضيخان (٣٨١ / ٣) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٦) .

(٧) في (جـ) ، و (هـ) « في الخان بحبل ولم يقفله » ، وفي (ب) « ولم يفعله » .

(٨) في (ب) « عبد » .

(٩) فتاوى قاضيخان (٣٧٥ / ٣) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٦) .

(١٠) سقط من (جـ) .

ضامن^(۱) .

وفیه أيضاً : سئل عن مودّع غاب عن بیته ، فقال له أجنبي : لی فی بیتک شيء .
وأخذ المفتاح منه^(۲) فلما رجع إلى بیته لم یجد الودیعة ، قال : لا ضمان علیه . قيل له :
بدفع المفتاح إلى الأجنبي لا یصیر [جاعلاً]^(۳) البیت بما فیہ فی یده ؟ ، قال : لا^(۴) .
سئل^(۵) أبو جعفر عمن فی حانوته^(۶) وديعة رجل ، أخذ سلطان الودیعة من حانوته
[لیأتیہ]^(۷) ورهنها^(۸) عند رجل . قال : إن كان المرتهن طائعاً فی الارتهان فلصاحب
الودیعة أن یضمن السلطان إن شاء وإن شاء ضمن المرتهن ولا ضمان علی [الفامي]^(۹) إن
كان لا یقدر علی منع السلطان ، ویبتنی علی هذا [الجابی]^(۱۰) الذي یقال بالفارسیة :
« یا بکار »^(۱۱) إذا أخذ [شیئاً]^(۱۲) من بیت [إنسان]^(۱۳) رهناً ، وهو طائع یضمن [وکذا إذا

(۱) فتاوی قاضیخان (۳ / ۳۷۵) ، و الفتاوی الهندیة (۴ / ۳۴۶) .

(۲) فی (ب) ، و (ج) ، و (د) « وأخذ منه المفتاح » .

(۳) مابین المعقوفین فی (أ) ، و (د) « جاعل » ، وفی (ج) « عاجلاً » ، والتصویب من

(ب) و (هـ)

(۴) فتاوی قاضیخان (۳ / ۳۷۵) ، و الفتاوی الهندیة (۴ / ۳۴۶) .

(۵) فی (ب) ، و (ج) « وسئل » .

(۶) فی (ب) « عن مالی فی حانوته » .

(۷) مابین المعقوفین فی (أ) « الثانیة » ، وفی (ج) « لنائبه » ، وفی (د) « لدائنه » ،

والتصویب من (ب) ، و (ج) .

(۸) فی (ج) « ورهنه » .

(۹) مابین المعقوفین فی (أ) « الثانی » ، وفی (ب) « الخانی » ، وفی (د) « الفانی »

وصحح فی الهامش إلى : الجانی . ، والتصویب من (ج) ، و (هـ) . والله أعلم .

والفامي : مُعَيَّر عن قُومِي وهو بائع القُوم بالضم ، وهو الثوم والحنطة والحمص والخبز وسائر

الحبوب التي تخبز ، وكل عقدة من بصله أو ثومته . القاموس المحيط ص (۱۴۷۹) .

(۱۰) مابین المعقوفین فی (أ) ، و (د) « الجانی » ، وفی (ب) « الخانی » ، وفی (ج) «

غيرمنقوطة » ، والتصویب من (هـ) .

(۱۱) فی (ب) « و (ج) ، و (هـ) » « بایکار » .

أخذ الجباية^(١) دراهم وهو طائع يضمن ، وكذا الضراب^(٢) إذا كان طائعاً في أخذ الدراهم يضمن^(٣) [الجابي]^(٤) والضراب^(٥) مجروحين في الشهادة^(٦) .

وسئل نجم الدين^(٧) : عمن عنده وديعة إنسان وهي ثياب ملفوفة في لفافة^(٨) فوضعها تحت رأس ضيف له بالليل كالوسادة ، ثم ردها^(٩) على صاحبها ، فقال^(١٠) صاحبها : كانت^(١١) [كذا وكذا ثوبا]^(١٢) وقد ذهب بعضها . قال : ما لم يُثبت أنها [كانت]^(١٣) كذا وكذا ، وقد ضاع منها كذا وكذا تلك الليلة^(١٤) فوضعها تحت رأس الضيف [لا يمكن إيجاب الضمان وبعد ما ثبت ذلك لا يمكن إيجاب الضمان بمجرد]^(١٥)

(١٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١) في (د) « الجابي » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « الصراف » .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « الجاني » ، وفي (ب) « الرهباني » ، والتصويب من (ج) .

(٥) في (ب) ، و (ج) « الصراف » .

(٦) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٥) ، وواقعات الناطفي ، اللوحة رقم (١٣٦) ، واقعات

الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٣٦ ، والفتاوى البزازية (٢٠١ / ٦) .

(٧) في (ب) « نجم الدين عمر » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « لفاف » .

(٩) في (ج) « ثم رمى » .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « كان » .

(١٢) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « كذلك » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٤) في (ج) « وقد ضاعت منها كذا تلك الليلة » .

(١٥) في (ج) « لمجرد » .

الوضع تحت رأس الضيف] ^(١) «مادام المودع حاضراً؛ لأنه إذا كان حاضراً فهو حافظ لها وليس بمضيع ، فإذا غاب الآن يصير ضامناً، لأنه ترك حفظها .

وفي فتاوى أبي الليث : رجل أودع رجلاً زنبيلاً ^(٢) فيه آلات النجارين ، ثم جاء واسترده وادعى أنه كان فيه قدوم ^(٣) قد ذهب ، [منه] ^(٤) فقال المودع : قبضت منك الزنبيل ولا أدري ما فيه . فلا ضمان على المودع ولا يمين عليه أيضاً ؛ لأنه لا يدعي عليه تضييعاً . وكذلك إذا ^(٥) أودع عند رجل دراهم في الكيس ^(٦) ولم يزن على المودع ، ثم ادعى أنها ^(٧) كانت أكثر من ذلك ، وقال المودع : قبضت ^(٨) الكيس ولا أدري كم ^(٩) كان [٣ / ٢٨٣ / د] فيه . فلا ضمان عليه ولا يمين ، [لما قلنا] ^(١٠) قيل : وينبغي أن يُحْلَفَ ، فإن محمداً يقول : القول قول الغاصب والمودع في المقدار مع يمينه ^(١١) .

إذا كانت المرأة تغسل ثياب الناس فغسلت ثوباً لرجل وعلقتة على خص ^(١٢) سطحها

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) الزنبيل : مثال قنديل لغة في الزبيل مثال : كريم ، وهو المكتل أو الجراب ، وقيل : الوعاء يحمل فيه ، والجمع : زناويل .

المصباح المنير (٢٥١ / ١) ، ولسان العرب (٣٠٠ / ١١) ، والقاموس المحيط ص (١٣٠٣) .

(٣) القدوم : آلة للنجر ، مؤنثة ، والجمع : قَدَائِمُ وقُدُم . القاموس المحيط ص (١٤٨١)

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (ج) « وكذلك إذا كان » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « كيس » .

(٧) في (ج) « أنه » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « قد قبضت » .

(٩) في (ب) ، و (د) « ولا أدري منه كم » .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١١) فتاوى أبي الليث ، اللوحة رقم (٢٢٢) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٥ ، والفتاوى

الهندية (٣٤٦ / ٤) .

(١٢) الحُصُّ هو : البيت من القصب ، وقيل : البيت الذي يسقف عليه بخشبة على هيئة الأزج وهو

السَّقْف ، والجمع أخصاص ، وخصاص =

للتجفيف [فُطِرَ] ^(١) ^(٢) الثوب من الجانب الآخر، قيل : هي ضامنة، [وعلى قياس مسألة الطاحونة التي مرت في كتاب الغصب إن كان السطح مرتفعاً لا تضمن ^(٣) . وإن وضعت الثوب على سطحها للتجفيف فسرق الثوب ؛ قيل : إن كان السطح حصين لا تضمن ^(٤) ^(٥) قيل وعلى قياس مسألة الطاحونة إذا ^(٦) لم يكن الحصن مرتفعاً تضمن ^(٧) .

وفي المنتقى : بشر عن أبي يوسف : إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف، إن أقربه ^(٨) ثم هلك لا يضمنها ^(٩) قال : لأن الجحد في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ هكذا وقع في بعض نسخ هذا الكتاب ووقع في بعضها : إذا جحد الوديعة [ثم أقربها وهلك ^(١٠) لم ^(١١) ٢/٤٧٤/أ] يضمنها ، وفي هذا الكتاب أيضاً : رواية الحسن ابن زياد عن أبي يوسف : إذا جحد الوديعة [^(١٢) في وجه صاحبها يضمن ، وإن

= المغرب ص (١٤٦) ، والمصباح المنير (١٧١/١) ، ولسان العرب (٢٦/٧) ، والقاموس المحيط ص (٧٩٦) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ) « فطار » ، والتصويب من باقي النسخ .
(٢) الطَّرُّ هو الشق والقطع من طَرَرْتُهُ طَرّاً ، أي : شققته ، ومنه : الطَّرَارُ ، وهو الذي يقطع النفقات ويأخذها على غفلةٍ من أهلها .

أساس البلاغة ص (٢٧٨) ، والمصباح المنير (٢/٣٧٠) ، والقاموس المحيط ص (٥٥٣) .

(٣) في (ب) ، و (د) « لا يضمن » .

(٤) في (ب) « لا يضمن » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (د) « إن » .

(٧) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « يضمن » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) في (ج) « لم يضمنها » .

(١٠) في (ج) « ثم هلك » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

جحد^(١) لا في^(٢) وجهه لا يضمن ، وفي النوادر عن محمد : أنه لا ضمان إذا لم يواجه صاحبا بالجحود ،

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في [شرح]^(٣) كتاب الوديعة ، إذا جحد الوديعة في وجه المالك لا بناء على [طلب المالك بأن قال : (له المالك)^(٤)] : ماحال وديعتي ؟ لي شكره^(٥) على^(٦) الحفظ ، قال : ليس [لك]^(٧) عندي وديعة . فلا ضمان في قول أبي يوسف هذا كله [في المنقول]^(٨) .

وأما إذا جحد الوديعة في العقار ذكر شمس الأئمة هذا في شرحه : أنه لا ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر في جميع الوجوه ؛ لأن جحد الوديعة بمنزلة الغصب . ومن المشايخ من قال : العقار يضمن بالجحود بلا خلاف .

[قال شمس الأئمة الحلواني : في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان]^(٩) .

وفيه أيضا : بشر عن أبي يوسف رجل استودع رجلاً وديعة فجحدها إياه ثم أخرجها بعينها وأقر بها ، وقال لصاحبها : اقبضها ؛ فقال صاحبها : دعها وديعة عندك^(١٠) فضاعت بعد ذلك قال إن تركها عنده وهو قادر على أخذها إن شاء فهو برئ وهي وديعة عنده ، وإن كان لا يقدر على أخذها فهو على الضمان الأول يعني به : الضمان الثابت

(١) في (ب) « جحد » .

(٢) في (جـ) « لا وجهه » .

(٣) مابن المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (جـ) .

(٤) مابن المعقوفين سقط من (ب) ، و (د) .

(٥) في (د) « يستنكره » .

(٦) مابن المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) مابن المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) مابن المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) مابن المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) « وعندك » .

بالجحد، فإن الوديعة^(١) دخلت في ضمانه ، وكذلك [إذا قال]^(٢) : اعمل به^(٣) مضاربة^(٤) .

في المنتقى : نصير^(٥) عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال المودع لصاحب الوديعة وهبت إلي^(٦) الوديعة ، وأنكر صاحبها ذلك [٦ / ٥٥ هـ] فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يجحدها ، وإن طلبها صاحبها فمنعها^(٧) [عنه]^(٨) ضمن بالمنع^(٩) .

أودع طشتا عند غيره ، فوضع المودع الطشت على رأس التنور في بيته فوق عليه شيء فانكسر ، فالجواب فيه على التفصيل : إن كان وَضَعَهُ على رأس التنور [في بيته]^(١٠) ليغطي^(١١) به التنور يضمن ، وإن كان وَضَعَهُ كما يوضع في العادة لا لأجل التغطية لا يضمن ، لأن في الوجه الأول مستعمل ، وفي الوجه الثاني لا .

ومن هذا الجنس : أودع عند رجل طبقاً فوضع^(١٢) المودع الطبق على رأس الجب فضاع ، إن كان الوضع على وجه الاستعمال [يضمن ، وإن كان الوضع لاعلى وجه الاستعمال]^(١٣) لا يضمن وطريق معرفة ذلك : أن ينظر^(١٤) إن كان في الجب شيء نحو الماء

(١) في (ب) « قال الوديعة بالجحد » .

(٢) مابين المعقوفين تكرر في (د) .

(٣) في (د) « بها » .

(٤) المبسوط (١١ / ١١٧) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ١٧٣) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢١٢) ، والهداية (٣ /

٢١٦) ، والبنية (٩ / ١٤٥) وفتح القدير (٨ / ٤٩٠) ، ورد المختار (٨ / ٤٦٥) .

(٥) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « بشر » .

(٦) في (ب) « وهبت الوديعة » ، وفي (د) « وهبت لي » .

(٧) في (ب) « فممنعاً » .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) الهداية (٣ / ٢١٥) ، والبنية (٩ / ١٣٦) ، وفتح القدير (٨ / ٤٨٧) ، ورد المختار (٨ / ٤٥٧) .

(١٠) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(١١) في (ج) « يغطي » .

(١٢) في (ج) « فودع » .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

والدقيق أو نحو^(١) ذلك مما يغطي رأس الجب لأجله كان استعمالاً، وإن كان الجب^(٢) خالياً أو كان فيه شيء لا يغطي رأس الجب^(٣) لأجله لم يكن استعمالاً^(٤) ^(٥).

وإذا أخذت المرأة^(٦) ثوب الوديعة وسترت^(٧) العجين فهي ضامنة ، وهذا استعمال وليس^(٨) بحفظ .

وفي العيون : دابة^(٩) الوديعة إذا أصابها شيء فأمر^(١٠) المودع إنساناً أن يعالجها فعطبت من ذلك، فصاحب الدابة بالخيار يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن المستودع لم يرجع على^(١١) الذي عالجها ؛ لأنه تبين أنه عالج دابته بأمره .

وإن ضمن الذي عالجها [هل]^(١٢) يرجع على المستودع، فالمسألة على ثلاثة أوجه : أما إن علم أنها^(١٣) دابة المودع ، [أو لم يعلم]^(١٤) ؛ لكن لم يعلم أنها لغيره^(١٥) ، أو علم أنها لغيره بأن أخبره أنها ليست بدابتي ولم أؤمر فيها بهذا ، ففي الوجه الأول : يرجع ؛ لأن

(١٤) في (ج) « ينكر » .

(١) في (ب) « ونحو » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٧) .

(٦) في (ب) « امرأة » .

(٧) في (ج) « وستر » .

(٨) في (ب) « ليس » .

(٩) في (ج) « الدابة » .

(١٠) في (ب) « فأجر » .

(١١) في (ج) « لم يرجع هو على » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) في (ج) « أما إنه عليه أنه » .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(١٥) في (ج) « أولم يكن عليه أنها لغيره » .

الأمر قد صح فانتقل الفعل إليه ، وفي الوجه الثاني : كذلك . فرق بين هذا وبين مسألة حفر البئر في الحائط على ما ذكرها في كتاب الغصب^(١) ، والفرق أن [موضوع]^(٢) تلك المسألة في الدار ، والدار إذا لم يكن الأمر ساكناً فيها لا يعرف أنها في يده لجواز أنها في يد غيره لعدم دليل^(٣) الملك ، أما الدابة فمنقولة^(٤) ، واليد على المنقول [لا تثبت]^(٥) إلا بالنقل ، وإذا^(٦) لم يوجد النقل^(٧) من الغير علم أنها ليست في يد الغير فكانت في يد المستودع ، واليد دليل الملك . وفي الوجه الثالث : لا يرجع ؛ لأن الأمر لا يصح^(٨) .

المودع إذا بعث الحمار أو البقر [إلى السرح]^(٩) يعتبر في ذلك العرف والعادة^(١٠) ، [والله أعلم]^(١١) .

(١) انظر ص من هذا البحث .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ) « موضع » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (جـ) « وانعدم دليل » .

(٤) في (جـ) « منقولة » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، « لا يثبت » والتصويب من (جـ) ، و (د) .

(٦) في (ب) « فإذا » .

(٧) في (ب) « الفعل » .

(٨) عيون المسائل (٣٤٣ / ٢) ، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٦ ، ورد المختار (٤٥٨ / ٨) ،

والفتاوى الهندية (٣٤٧ / ٤) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) الفتاوى الهندية (٣٤٧ / ٤) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (جـ) .

الفصل الخامس

في تجهيل الوديعة^(١) .

إذا مات المودع مجهلاً للوديعة ضمنها ، إما؛ لأن ما بعد الموت حال أحد الورثة جميع ما كان في يده؛ لأن ظاهر اليد يدل^(٢) على الملك إلا أن يثبت^(٣) خلافه [٦٠ / ٢ / ب] ولم يثبت ، والمودع يضمن بمثل هذا التمكن^(٤) . وإما لأنه (التزم أداء الأمانة ، ومن أداء الأمانة الرد عند طلب المالك^(٥) [والبيان]^(٦) عند الموت . ولو ترك الرد عند طلب المالك يضمن ، فكذا إذا ترك [البيان]^(٧) عند الموت . وإما لأنه^(٨) خلط الوديعة بماله على وجه لا يمكن التمييز ، ومثل هذا الخلط يوجب الضمان كما في حالة الحياة . ثم المودع^(٩) إنما يضمن بالتجهيل عند الموت إذا لم يعرف الورثة الوديعة بعينها [أما إذا عرفت فلا؛ لأن ما ذكرنا من المعاني لا يتأتى إذا عرفت الورثة الوديعة بعينها]^(١٠)^(١١) .

(١) المراد بتجهيل الوديعة هو ألا يبين المودع حال الوديعة التي هي أمانة عنده ، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها ، فإن بينها ، وقال في حياته : رددتها فلا تجهيل إن برهن الوارث على مقالته وإلا لم يقبل قوله ، وإن كان يعلم أن وارثه يعلمها فلا تجهيل .

الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢ / ٢٦٦) ، وانظر الفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٩) ، ورد المختار (٨ / ٥٨) ، (٤٥٩) ، وعقد الوديعة في الشريعة الإسلامية لنزيه حماد (١٥) .

(٢) في (د) « بدل » .

(٣) في (د) « بظهر » ، وصحح في الهامش إلى : يثبت .

(٤) في (ج) « التمكن » .

(٥) في (ج) « عنه طلب المالك يضمن كذا » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « والثياب » . ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) « والثياب » . ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٨) ما بين القوسين سقط من (ب) .

(٩) في (ج) « ثم إن المودع » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١١) مختصر الطحاوي (١٦٤) ، والمبسوط (١١ / ١٢٩) ، وتحفة الفقهاء (٣ / ١٧٤) ، =

وفي الأصل : رجلان جاءا إلى رجل ، فقال كل واحد منهما : أودعتك هذه الوديعة . فقال المودع : لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة ؛ ولكنني أعلم أنها لأحد كما . وليس لواحد منهما^(١) على ذلك بينة ، فعليه أن يحلف [لكل]^(٢) واحد منهما ما أودعه هذه الوديعة بعينها والمسألة معروفة في كتاب الإقرار . وغرض محمد - رحمه الله - من إيراد هذه المسألة في كتاب الوديعة : بيان حكم الضمان بسبب التجهيل ، فقال : إذا أبى أن يحلف لهما فالقاضي يدفع الوديعة إليهما ويضمنه قيمة الوديعة بينهما ؛ لأنه صار مُجهلاً في حق كل واحد منهما ، فيصير ضامناً^(٣) .

وفي كتاب الأجnas : أن الأمانات تنقلب بالموث^(٤) مضمونة إذا لم يبينها إلا في ثلاثة مواضع^(٥) :

أحدها^(٦) : متولي الوقف^(٧) إذا مات ولا يُعرف [٢ / ٤٧٥ / أ] حال غلته^(٨) التي أخذها ولم يبينها فلا ضمان [عليه]^(٩) . وأحاله إلى وقف هلال^(١٠) .

الثاني : السلطان إذا خرج إلى الغزو فغنموا ، وأودع بعض الغنيمة عند^(١١) بعض

= وبدائع الصنائع (٦ / ٢١٣) ، ورد المختار (٨ / ٢٥٨) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٠) .

(١) في (ج) « منكما » .

(٢) مابين المعقوفين في (أ) « كل » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) مختصر الطحاوي (١٦٤) ، والمبسوط (١١ / ١٣١) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢١٠) ،

والهداية (٣ / ٢١٩) ، والبنية (٩ / ١٦١) ، وفتح القدير (٨ / ٤٩٥) ، والفتاوى الهندية

(٤ / ٣٥١) .

(٤) في (ج) « بالموث تنقلب » .

(٥) في (ج) « ثلاث » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ج) « الأوقاف » .

(٨) في (ج) « غلته » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٠) لم أقف عليه في وقف هلال .

(١١) في (ج) « إلى » .

الغانمين ومات^(١) ولم یبین عند من أودع لا ضمان علیه . وأحاله إلى السير الكبير^(٢) .

الثالث : أحد المتفاوضین إذا مات وفي يده مال الشركة ولم یبین لا ضمان علیه وأحاله إلى شركة الأصل^(٣) .

وفي الواقعات^(٤) : القاضي إذا قبض أموال الیتامی ولم یبین فهذا علی وجهین : إن وضعها^(٥) في بیته ولا یدري أين المال ضمن ؛ لأنه مودع مات مجهلاً ، وإن دفعها إلى قوم [ولا یتبینهم]^(٦) ولا یدري إلى من دفعها فلا ضمان ؛ لأن القاضي^(٧) ههنا ليس بمودع ، وإنما المودع^(٨) غیره ، وذلك الغير علی حاله لم یمت فضلاً من الموت مجهلاً^(٩) .

وفي الهاروني^(١٠) : لو أن المستودع لم یمت ولكن جن جنوناً مطبقاً ، وله أموال [فطلبت]^(١١) الودیعة فلم توجد وقد یئسوا من^(١٢) أن یرجع إليه^(١٣) عقله كانت ديناً علیه

(١) في (ب) « وغاب » .

(٢) لم أقف علیه في السير الكبير .

(٣) المبسوط (١١/١٢٩) ، و (١١/١٩٠) ، والبنایة شرح الهدایة (٩/١٤٨) ، ورد المختار (٨/٤٦٠ ، ٤٦١) ، والفتاوی الهندیة (٤/٣٥٠) ، والأشباه والنظائر لابن نجیم (٢/٢٦٦) .

(٤) في (ب) « واقعات » .

(٥) في (ج) « وضعه » .

(٦) ما بین المعقوفین سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصویب من (ج) .

(٧) في (ب) « لأن القلة » .

(٨) في (ب) « ليس مودع وإن المودع » .

(٩) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم (١٤٧) ، والفتاوی الهندیة (٤/٣٥٠) .

(١٠) كذا اللفظة في جميع النسخ ، ولم أقف علی كتاب بهذا الاسم ؛ إلا أنه ينسب لمحمد بن الحسن كتاب باسم الهارونيات .

انظر : كشف الظنون (٢/٢٦٠) .

(١١) ما بین المعقوفین في (أ) ، و (ب) ، و (د) « فطلب » ، والتصویب من (ج) .

(١٢) سقط من (ج) .

(١٣) في (د) « علیه » .

في ماله، ويجعل القاضي له^(١) وليا يقبضها من ماله ويأخذ بها ضمينا ثقة من الذي يدفع إليه فإن أفاق المستودع بعد ذلك وقال: ضاعت عندي الوديعة^(٢) . أو قال: رددتها عليه وحلف على ذلك رجع بها على الذي دفعها إليه^(٣) .

وفي الأجناس : لو كان المستودع دفع الوديعة إلى امرأته وقد علم ذلك ، ثم مات المستودع أخذت^(٤) المرأة بها ، فإن قالت المرأة : قد ضاعت . أو قالت : قد سرقت . فالقول قولها مع يمينها ولا شيء عليها ولا في مال الميت . وإن قالت المرأة : قد رددتها عليه قبل أن يموت . فالقول قولها مع يمينها ولا ضمان عليها ويصير^(٥) ديناً على الميت . وإن كان الميت ترك مالا صارت الألف^(٦) ديناً فيما^(٧) ورثت المرأة من الزوج؛ لأنها لما زعمت أنه دفعها^(٨) إليه ، فقد زعمت أنها صارت^(٩) مضمونة عليه بموته مجهلاً^(١٠) ، وزعمها حجة في حقها، وإن لم يعلم أنه دفعها إلى امرأته إلا بقوله، بأن قيل له قبل^(١١) أن يموت : ما فعلت بالألف^(١٢) [٦ / ٥٦ هـ] التي أودعكها فلان ، فقال : دفعتها إلى امرأتي، ثم مات (ثم [سئلت] المرأة^(١٣)) فأنكرت أن يكون دفعها^(١٤) إليها ، فإنها تحلف ولا شيء

(١) في (ج) « ويجعل له القاضي » .

(٢) في (ج) « ضاعت الوديعة » .

(٣) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٠) .

(٤) في (ب) « أحدث » .

(٥) في (ج) « ولا يصير » .

(٦) في (ب) « الأمر » .

(٧) في (ب) « فيها » .

(٨) في (د) « أنها دفعتها » .

(٩) في (د) « كانت » .

(١٠) سقط من (د) .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) في (ج) « الألف » .

(١٣) ما بين المعقوفين في (أ) « سئل » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(١٤) ما بين القوسين في (ب) « بماسب الموت » .

عليها . وإن كان^(١) الميت ترك مالا فهي دين فيما ورثت المرأة منها؛ لأنها حين قالت : لم يودعني . فقد زعمت أنها عنده على حالها فإنها^(٢) صارت دينا عليه ، والدين مقدم على الميراث ، وزعمها يعتبر^(٣) في حقها^(٤) . [٣ / ٢٨٤ / د] .

وفيه أيضا : إذا قال المضارب قبل أن يموت : أودعت مال المضاربة فلانا الصيرفي . ثم مات ، فلا شيء عليه [ولا على ورثته . وإن قال الصيرفي : ما أودعني شيئا . كان القول قوله مع يمينه ولا شيء عليه]^(٥) ولا على ورثة الميت . وإن^(٦) مات الصيرفي [قبل أن يقول شيئا ، ولا يُعلم أن المضارب دفعها إلى الصيرفي إلا بقوله لا يُصدق على الصيرفي]^(٧) . وإن كان^(٨) دفعها إلى [الصيرفي ببينة]^(٩) أو إقرار^(١٠) من الصيرفي ، ثم مات المضارب ثم مات الصيرفي ولم يبينها كانت دينا في مال الصيرفي ولا شيء على المستودع . وإن مات المضارب ، والصيرفي حي فقل الصيرفي : رددتها عليه في حياته . كان القول قوله ويحلف ولا ضمان عليه^(١١) ولا على الميت^(١٢) .

(١٥) في (ب) « دفعتها » .

(١) في (ب) « كانت » .

(٢) في (ب) ، و (ج) « وإنها » .

(٣) في (ج) « معتبر » .

(٤) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٠) .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) في (ب) « إن » .

(٧) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) « الصيرفي في بيته ببينة » ، وفي (ب) « الصيرفي إلا بقوله

لا يصدق على الصيرفي إلا ببينة » والتصويب من (ج) (د) .

(١٠) في (ب) « وإقرار » .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٠) .

وإن أُودع جاريةً فمات المستودع ، ولم يبين^(١) ثم رأوها حية بعد موته فلا ضمان على المستودع وإن لم يروها بعد موته فقالت ورثته : قد رددتها عليه في حياته . أو هربت . لا يقبل قولهم في شيء من ذلك ؛ لأنهم يدفعون عن أنفسهم الضمان ، وتصير قيمتها آخر ما رأوها حية عنده ديناً في ماله وكذلك العارية والإجارة^(٢) .

في^(٣) الأجناس أيضاً . وفي النوازل : إذا مات المستودع فقال ورثته : قد ردّ الوديعة في حياته لم يقبل قولهم ، والضمان واجب في مال الميت ؛ لأنه مات مجهلاً ، فإذا أقام الورثة البينة على إقرار الميت أنه قال في حياته : رددت الوديعة . فلا ضمان ؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيناً ، ولو عايناً إقرار المودع حال حياته بذلك ثم مات لا ضمان عليه ، كذا ههنا^(٤) .

وفي الوقعات : إذا اختلف الطالب وورثة المودع في الوديعة ، فقال الطالب [٢ / ٥٨٥ ج] : قد مات ولم يبين فصارت^(٥) ديناً في ماله ، وقالت الورثة : كانت قائمة بعينها يوم^(٦) مات المودع وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته . فالقول قول الطالب هو^(٧) الصحيح ؛ لأن الوديعة صارت ديناً في التركة ظاهراً ، فالورثة يدعون أمراً بخلاف الظاهر ، والطالب متمسك بما هو الظاهر^(٨) .

ذكر^(٩) في الجامع الكبير : وارث^(١٠) مستودع قال لصاحب المال : قد قبضت [بعض

(١) في (ج) « ولم يبينها » .

(٢) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨١) ، وفتاوى الهندية (٤ / ٣٥١) .

(٣) في (ب) « وفي » .

(٤) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٧٧) ، وفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٠) .

(٥) في (ج) « فصار » .

(٦) في (ج) « ثم » .

(٧) في (د) « وهو » .

(٨) واقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٧ .

(٩) سقط من (ب) ، وفي (ج) و (د) « وذكر » .

(١٠) سقط من (ب) ، و (ج) .

وديعتك (ثم مات)^(١) . وقال^(٢) صاحب المال : لم أقبض^(٣) شيئاً . قيل لصاحب المال : لا بد أن تقر^(٤) [بقبض^(٥) شيء وتحلف^(٦) على ما بقي بالله ما قبضت منه ما قالت^(٧) الورثة ؛ لأن إقرار المستودع على صاحب الوديعة بالقبض جائز لكونه مدعياً من جهته فصار إقراره كإقرار صاحب الوديعة ألا ترى أن المستودع لو قال لصاحب الوديعة قبضت جميع وديعتك . جاز ؛ كما لو أقر صاحب الوديعة بنفسه .

ولو أقر صاحب الوديعة بقبض بعض^(٨) الوديعة ثم مات المستودع ، قيل له : بين ؛ لأنه أقر بقبض شيء مجهول ، فيرجع^(٩) في البيان إليه ، فإذا^(١٠) بين كان القول قوله في البيان ، كذلك ههنا ، وعليه اليمين فيما يدعي الورثة من الزيادة ؛ لأن ورثة المستودع صاروا ضامنين [٤٧٦ / ٢ / ١] بتجهيل المورث . والضامن إذا ادعى على صاحب الضمان زيادة قبض ؛ [كان]^(١١) القول قول صاحب الضمان كما في الغصب^(١٢) والمغصوب منه . وكذلك لو^(١٣) قال رب الوديعة : قد قبضت بعض^(١٤) وديعتي . ثم مات المستودع ،

(١) ما بين القوسين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) في (ج) « ودل » .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٤) في (ب) « يقر » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « بيعض » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) « ويحلف » .

(٧) في (ب) « ما قبضت منه قالت » .

(٨) في (ب) « بعد » .

(٩) في (ب) « فرجع » .

(١٠) في (ج) « وإذا » .

(١١) ما بين المعقوفين في (أ) « لأن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « الغاصب » .

(١٣) في (ج) « إذا » .

(١٤) في (ب) « بعد » .

فالقول قول رب المال فيما قبض ؛ لأنه أقر بقبض شيء مجهول ، ويرجع^(١) في البيان إليه ويكون القول قوله فيما وراء ذلك ؛ لأنه منكر للقبض والورثة ضامنون بسبب تجهيل المستودع فكان^(٢) القول قوله . وكذلك لو قال ذلك بعد موت المستودع ؛ لأن المعنى يجمعها^(٣) .

في المنتقى : رجلان أودعا [رجلاً]^(٤) ألف درهم فمات المستودع ، وترك ابناً ، فادعى^(٥) أحد [الرجلين]^(٦) أن الابن استهلك الوديعة بعد موت أبيه ، وقال الآخر : لا أدري ما حالها . فالذي ادعى على الابن الاستهلاك فقد^(٧) أبرأ الأب منها ؛ حيث زعم أن أباه مات وتركها قائمة بعينها فاستهلكها ابنه ، وادعى الضمان على الابن ؛ فصُدِّق^(٨) في حق الأب ولم يصدَّق في حق الابن ، حتى لا يقضى له على الابن بشيء ، وأما^(٩) الآخر فله خمسمائة درهم في مال الميت ؛ لوجود التجهيل في حقه ولا يشاركه صاحبه فيها^(١٠) .

وفي الجامع الكبير : صبي ابن اثني عشر سنة يعقل البيع والشراء ، وهو محجور عليه^(١١) أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدر ما حال الوديعة فلا ضمان في ماله

(١) في (ج) « فيرجع » .

(٢) في (ب) « وكان » .

(٣) الجامع الكبير (٣٦٤) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٧) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٥) في (ج) « فإن ادعى » .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « الزوجان » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ،

و (هـ) .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ج) « وادعاء الضمان على الأب يصدَّق » .

(٩) في (ج) « فأما » .

(١٠) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٥) .

(١١) في (ج) « والشراء وقبض الودائع ؛ لكنه محجور عليه » . والزيادة غير موجودة في الجامع

الكبير (٣٦٤) .

إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهي في يده والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي .
إذا أفاق ثم مات ولم يدر ما حال الوديعة لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق
وهي في يده .

وإن كان الصبي مأذوناً له في التجارة ، والمسألة بحالها^(١) فهو ضامن للوديعة وإن لم
يشهد الشهود أن الصبي أدرك وهي في يده [ولومات الصبي بعد البلوغ ولا يدري في
أي حال هلك الوديعة يقضي بوجوب الضمان]^(٢) . وكذلك الحكم^(٣) في المعتوه إذا
كان مأذوناً له^(٤) في التجارة^(٥) .

ولو أن عبداً محجوراً عليه أودعه رجل ثم أعتقه المولى ثم مات ولم يبين الوديعة
فالوديعة دين في مال الميت^(٦) .
وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن يعرف الوديعة^(٧) بعينها فيرد على
صاحبها .

وإن أذن له المولى^(٨) في التجارة بعد ما استودع ثم مات فلا ضمان عليه^(٩) إلا أن
يشهد الشهود أنها كانت في يده بعد الإذن فإذا شهد الشهود بذلك ثم مات وترك مالاً
فالوديعة في ذلك المال^(١٠) .

(١) سقط من (ب) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) الجامع الكبير (٣٦٤) ، والفتاوى الهندية (٣٥١ / ٤) .

(٦) في (ب) ، و (ج) « في ماله » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ب) « المودع » .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) الجامع الكبير (٣٦٤) ، والفتاوى الهندية (٣٥١ / ٤) .

في المنتقى : رجل أودع رجلاً بطيخاً أو عنباً^(١)، وغاب ثم مات المستودع [ثمّ قدم المودع]^(٢) بعد مدة يعلم أن تلك الوديعة لا تبقى^(٣) إلى تلك المدة فهي دين في مال الميت ؛ لأنه يعلم ما بينها بعد الموت^(٤)، وهذا بناء على ما قلنا أن تجهيل الوديعة [عند الموت]^(٥) سبب للضمان^(٦) .

(١) في (ج) « عينا » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٣) في (ب) « لا يبقى » .

(٤) في (ب) « بعد موت » ، وفي (ج) « لأنه لا يعلم سبيلها بعد الميت » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥١) .

الفصل السادس

في طلب الوديعة والأمر بالدفع إلى [الغير]^(١) [٥٧/٦ هـ]

في فتاوى الفضلي^(٢): إذا طلب صاحب [الوديعة]^(٣) الوديعة ، فقال المودع: اطلبها غداً فلما كان من الغد قال المودع: ضاعت الوديعة فالقاضي يسأله^(٤) عن وقت الضياع: متى ضاعت^(٥)؟ قَبْلَ قولك: اطلبها غداً ، [أو بعد ذلك؟ إن قال: قبل ذلك فهو ضامن؛ لأنه متناقض؛ لأن قوله: اطلبها غداً]^(٦) إقرار منه أنه ما ضاع ، فإذا قال بعد ذلك: قد كان ضاع قبل ذلك صار متناقضاً وإن قال: بعد ذلك، فلا ضمان؛ لأنه لا تناقض^(٧) ^(٨).
في مجموع النوازل: إذا جاء المودع إلى المودع يريد استرداد الوديعة فقال المودع: لا يمكنني أن أحضرها هذه الساعة، وتركها^(٩) ورجع ، فهذا ابتداء إيداع. قال ثمة: لما طالبه برد^(١٠) الوديعة فقد عزله عن الحفظ فخرج من أن يكون مودعاً، وبالترك عنده بعد ذلك صار مودعاً ابتداء^(١١).
وفيه أيضاً: إذا قال رب الوديعة للمودع: احمل إليّ الوديعة اليوم. فقال: أفعل.

- (١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « الغني » ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ)
- (٢) في (ب) « الفتاوى الفضليه » .
- (٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٤) في (ب) « يسأل » .
- (٥) في (ب) ، و (جـ) « ضاع » .
- (٦) مابين المعقوفين تكرر في (ب) .
- (٧) في (ب) « لا يناقض » .
- (٨) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٧ ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨١) ، ورد المختار (٨ / ٤٦٦) ، و الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٢) .
- (٩) في (جـ) « فتركها » .
- (١٠) في (ب) « طالب برد » ، وفي (جـ) « طلبه رد » .
- (١١) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨١) . و الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٢) .

فلم^(١) يحملها إليه حتى مضى اليوم وهلكت عنده بعد ذلك فلا ضمان ؛ لأنه لا يجب على المودع نقل الوديعة إلى صاحبها ؛ بل مؤنة الرد على ربّ الوديعة^(٢) .

وفيه أيضا : سئل شيخ^(٣) الإسلام عمن قال لمودعه : إذا جاءك أخي فادفع وديعتي التي عندك إليه^(٤) . فجاء أخوه وطلب الوديعة ، فقال المودع : عدّ إليّ بعد ساعة لأدفعها إليك^(٥) . فلما عاد إليه ، قال : إنه قد كان هلك^(٦) - يعني قبل مقالتني - : عدّ إليّ بعد ساعة . فهو ضامن ؛ لمكان التناقض ، وهذه المسألة قريبة من المسألة المذكورة في أول هذا الفصل^(٧) .

في التوازل : قال صاحب الوديعة للمودع في السر : من أخبرك بعلامة كذا فادفعها إليه . فجاء رجل وزعم أنه رسول المودع ، وأتى بتلك العلامة ، فلم يصدقه المودع ولم يدفعها إليه حتى هلكت فلا ضمان ؛ لأنه يتصور أن يأتي غير رسول له بتلك العلامة^{(٨)(٩)} .

رسول المودع إذا جاء إلى المودع وطلب الوديعة فقال المودع^(١٠) : لا أدفع إلا إلى^(١١) الذي جاء بها . فلم يدفع إليه حتى هلكت . ذكر شيخ الإسلام^(١٢) نجم الدين عمر

(١) في (ج) « ولم » .

(٢) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨١) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٢) .

(٣) في (ب) « عن شيخ » .

(٤) في (ب) « عليه » ، وفي (ج) « فادفع إليه وديعتي التي عندك » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) في (د) « إنه كان قد هلك » .

(٧) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨١) .

(٨) في (ب) « لأنه هو صولان يأتي عن رسوله بذلك العلامة » .

(٩) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٧٩) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٢) .

(١٠) سقط من (ج) .

(١١) سقط من (ب) .

(١٢) في (ب) « الشيخ الإمام » .

النسفي^(١) : أنه يضمن وفيه نظر، فقد ذكر [٢ / ٦١ / ب] في الكتاب في مواضع : أن من جاء إلى مودع رجل^(٢) وقال : إن فلاناً وكلني بقبض^(٣) وديعته منك . فصدقه في دعوى الوكالة [لا يؤمر^(٤) بدفع الوديعة إليه ؛ بخلاف ما إذا قال : وكلني بقبض ماله عليك من الدين . وصدقه المديون في دعوى الوكالة]^(٥) فإنه يجبر على دفع الدين إليه^(٦) .

رجل بعث ثوباً له [٢ / ٤٧٧ / أ] إلى القصار على يدي تلميذه ، ثم بعث إلى القصار [أن لا تدفع^(٧) الثوب إلى الذي^(٨) جاءك به]^(٩) ينظر : إن كان الذي جاء بالثوب إلى القصار لم يقل للقصار : هذا ثوب فلان بعثه إليك . لا يضمن القصار بالدفع إليه ، وإن قال : هذا ثوب فلان بعثه إليك . فإن كان^(١٠) الذي جاء بالثوب متصرفاً في أموره فكذلك^(١١) لا يضمن ، وإن لم يكن متصرفاً في أموره ضمن^(١٢) بالدفع إليه هكذا قيل . وقيل^(١٣) : ينبغي أن يضمن وإن كان متصرفاً في أموره ؛ لأنه لما نهى القصار [عن دفع

(١) سقط من (د) .

(٢) في (ج) « من جاء إلى المودع » .

(٣) في (د) « في قبض » .

(٤) في (ب) « يؤمر » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) المبسوط (١١ / ١٢٤) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٣) .

(٧) في (ب) « يدفع » .

(٨) في (ج) « إلى من » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « أن لا تدفع الثوب إلا إلى الذي جاءك به » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) في (ب) « قال : إن كان » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « فكذا » .

(١٢) في (ج) « يضمن » .

(١٣) في (ج) « وقد قيل » .

الثوب إليه فقد عزله عن هذا النوع من التصرف ، والأول [٣/ ٢٨٥/ د] أوجه^(١)؛ لأن العزل لا يصح من غير علم المعزول ، وليس في موضع المسألة أن الذي جاء بالثوب علم بهذا النهي^(٢).

في الأصل : إذا أمر صاحب الوديعة المودع أن يدفعها إلى رجل بعينه فقال : دفعتها إليه . وقال ذلك الرجل : لم أقبضها منك^(٣) . وقال رب الوديعة : لم يدفعها إليه^(٤) . فالقول قول المستودع ولا ضمان على المدفوع إليه [ويعتبر قول المودع في حق براءته عن الضمان لافي حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه]^(٥).

وفيه أيضاً : أودع رجل رجلاً دراهم فجاء رجل وقال : أرسلني إليك صاحب الوديعة لتدفعها^(٦) إليّ . فدفعها إليه ، [فهلكت]^(٧) عنده ، ثم جاء^(٨) صاحبها وأنكر ذلك ، فالمستودع ضامن ذلك^(٩) . وهل يرجع على الرسول بما ضمن؟ ، إن صدقه [المودع]^(١٠) في كونه رسولاً ولم يشترط عليه الضمان لا يرجع . وإن كذبه في كونه رسولاً ومع^(١١) هذا دفع ، أو لم يصدقه ولم يكذبه مع [هذا]^(١٢) دفع ، أو صدقه ودفع [إليه]^(١٣) على الضمان

(١) مابين المعقوفين تكرر في (ب) ، وقد أشير إلى ذلك بوضع العبارة بين قوسين مزدوجين صغيرين .

(٢) الفتاوى الهندية (٤/ ٣٥٣) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٦) المبسوط (١١/ ١٢١) ، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٥٣) .

(٧) في (ب) « ليدفعها » .

(٨) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « فهلك » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) سقط من (ب) ، وفي (ج) « ضامن لها » .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « المدفوع » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « مع » .

(١٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(١٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

يرجع ، ومعنى الضمان ههنا : أن يقول المودع للرسول : أنا أعلم أنك رسول ؛ لكن لم آمن^(١) أن يحضر المالك ويجد الرسالة ويضمنني ، فهل أنت ضامن لي ما يأخذ مني ؟ فإذا قال : نعم . حصلت الكفالة بدين سَجِبُ [مضافاً]^(٢) إلى سبب [الوجوب]^(٣) وإنه جائز ، فيرجع المودع على الرسول بحكم الكفالة^(٤) .

وفي المنتقى : ابن سماعة [عن محمد]^(٥) : رجل أودع رجلاً ألف درهم ، ثم قال : إني أمرت فلاناً بقبضها [منك]^(٦) ، ثم^(٧) نهيته^(٨) عن ذلك . فقال المودع : فلان أتانى ودفعتها إليه . وقال فلان : لم آته ولم أقبضها منه . فإن المستودع برئ منها^(٩) .

وفي الفتاوى : سئل أبو بكر عن مودع طلب الودیعة [من المستودع]^(١٠) وقد هاجت الفتنة ، فقال المستودع : لا أصل إليها هذه الساعة [فأغبر]^(١١) على تلك الناحية . وقال المستودع : [أغبر]^(١٢) على الودیعة أيضاً ، قال : إن لم يقدر المستودع على ردها في تلك الحالة لبعدها أو لضيق الوقت فلا ضمان ، والقول قوله فيه وإلا ضمن^(١٣) .

(١) في (ج) « ولكن لا آمن » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) « مضاف » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٤) المبسوط (١١ / ١٢٤) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٨) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) ما بين المعقوفين في (أ) « منه » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) « لم » .

(٨) في (ج) « ثم نهيته مكاني » .

(٩) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٨) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١١) ما بين المعقوفين في جميع النسخ « اعتبر » ، والصواب ما أثبتته ، ومعنى « أغبر » أي هُجم .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « اعتبر » ، وفي (ب) « أعني » ، وفي (ج) « أعبّر » ، والصواب ما أثبتته .

(١٣) فتاوى قاضیخان (٣ / ٣٧٩) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٢) .

وفي فتاوى النسفي : أتى [عبد]^(١) رجل بوقر من الخنطة إلى بيت رجل وهو غائب فسلمها إلى امرأته وقال : هذا وديعة مولاي بعثها^(٢) إلى زوجك وغاب . فلما أخبرت الزوج بذلك لامها على القبول وأرسل إلى مولى العبد : أن ابعث من يحمل هذا الوقر ، فإنني لا أقبله . فأجاب : أنه يكون عندك أياماً ثم أحمله فلا تدفع^(٣) ذلك إلى عبدي . ثم طلبه المولى ، فقال : لا أدفعه إلا إلى [٦ / ٥٨ هـ] العبد الذي حمل إلى بيتي . ثم سرق الوقر ، فقال : إن صدق صاحب البيت العبد بما قاله العبد ضمن بالمنع [عن المولى]^(٤) وإن لم يصدقه ، أو قال : لا أدري أهو لمولاه ، أو هو غصب في يدي العبد أو وديعة من غيره ؟ . وتوقف في الرد^(٥) ليعلم ذلك لم يضمن بالمنع^(٦) .

وفي الفتاوى : وسئل^(٧) أبو بكر : عمن خاصم آخر بألف درهم ، [وأنكر الآخر ، ثم أخرج المدعى عليه ألف درهم]^(٨) ووضعها^(٩) في يد إنسان حتى يأتي المدعي بالبينة ، فلم يأت بالبينة ، فاسترد^(١٠) المدعى عليه الدراهم^(١١) فأبى أن يرد عليه ثم أغاروا على تلك الناحية وذهبوا بالألف ، هل يضمن ؟ قال : إن وضع المدعي والمدعى عليه عنده^(١٢)

(١) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « عند » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (هـ) .

(٢) في (ج) « بعثه » .

(٣) في (ب) « فلا تدفع » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٥) في (ب) « ويوقف إلى الرد » .

(٦) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨٠) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٣) .

(٧) في (ج) « سئل » .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٩) في (ب) ، و (ج) « ووضع » .

(١٠) في (ب) « فسرقت » .

(١١) سقط من (ج) .

(١٢) في (ب) « عبده » .

فلا يضمن إذ^(١) ليس له أن يدفع إلى أحدهما ، وإن كان صاحب المال وضعه يضمن بالمنع عنه ؛ لأنه صار غاصباً بمنعه عنه^(٢) . انتهى^(٣) .

(١) في (ب) « أوليس » .

(٢) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨٠) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦١) .

(٣) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

الفصل السابع

في رد الوديعة .

إذا رد المودع الوديعة إلى منزل المودع أو إلى أحد من عياله فهلك فالمودع ضامن .
وأشار في الجامع الكبير إلى أنه لا ضمان وإذا ردها^(١) [بيد من في عياله فلا ضمان، وإن ردها]^(٢) بيد ابنه ، والابن ليس في عياله فهلك^(٣)، فإن كان الابن بالغاً فهو ضامن؛ لأنه ليس له أن يحفظ الوديعة بيده إذا لم يكن في عياله فلا يكون له الرد بيده .
وإن كان^(٤) الابن غير بالغ فلا ضمان؛ لأنه إذا كان الابن غير بالغ فتدبيره إلى الأب وإن لم يكن في عياله، فالأب^(٥) يتصرف فيه [كما يتصرف]^(٦) لو كان في عياله، ألا ترى^(٧) لو بعث الوديعة على يد^(٨) [عبده]^(٩) وقد [آجر]^(١٠) العبد من [غيره]^(١١) لا يضمن^(١٢) .

(١) في (ب) « وإذا رد » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٣) سقط من (ج) .

(٤) سقط من (ج) .

(٥) في (ب) ، و (ج) « والأب » .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) في (ب) « ألا ترى » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « يدي » .

(٩) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) ، و (د) « غيره »، والتصويب من (ج) ، و (هـ) .

(١٠) مابين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « آخر »، وفي (ج) ، و (د) غير منقوطة،

وما أثبت من (هـ) . وهو الصواب .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) ، و (د) « غير »، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) الجامع الكبير (٣٦٤)، وواقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٥، والمبسوط (١١ / ١٠٩)،

والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٤) .

في النوازل : قالوا إن^(١) كان الابن غير بالغ إنما لا يضمن بالرد عليه إذا كان يعقل^(٢) الحفظ ويحفظ الأشياء ، أما إذا كان لا يحفظ فهو ضامن^(٣) .

إذا قال المستودع لصاحب الوديعة : بعثت بها إليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله ؛ بأن قال : مع أمّتي^(٤) أو قال : مع عبدي . أو ما أشبهه . كان القول قوله ؛ لأن له الرد^(٥) بيد هؤلاء كما له الرد بنفسه [ولو ادعى الردّ بنفسه]^(٦) كان القول قوله فكذا إذا ادعى الرد بيد هؤلاء . ولو قال : رددتها بيد أجنبي ، ووصل إليك . وأنكر^(٧) ذلك صاحب المال ، فهو ضامن ، إلا أن يقرّبه رب الوديعة ، أو يقيم المودع بينة على ذلك لأنه ليس له الرد بيد الأجنبي . فإذا ادعى ذلك فقد أقرب بسبب الضمان . ويقول^(٨) : وصل إليك . ادعى ما^(٩) يبرئه [٢ / ٤٧٨ أ] عن الضمان فلا يصدّق إلا بحجة ، والحجة إقرار رب الوديعة به^(١٠) أو البينة . وإن^(١١) قال : بعثت [بها]^(١٢) إليك مع هذا الأجنبي . أو قال : استودعتها^(١٣) إياه ، ثم ردها عليّ فضاغت [عندي]^(١٤) . لا يصدّق على [ذلك] إلا

(١) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « إذا » .

(٢) في (ج) « عقل » .

(٣) فتاوى قاضىخان (٣ / ٣٧٦) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٤) .

(٤) في (ب) « ابني » .

(٥) في (ج) « أن يرد » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) في (ج) « فأنكر » .

(٨) في (ب) « ولتقوله » . في (ج) « فقوله » .

(٩) في (ب) « أو عى ما » ، وفي (ج) « ادعاء لما » .

(١٠) سقط من (ج) ، و (د) .

(١١) في (ج) « فإن » .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) في (ج) « استودعتها » .

(١٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

بحجة^(۱) لأنه أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه . هذه المسائل في الأصل^(۲) .

في المنتقى : ابن سماعة عن محمد : رجل^(۳) أودع رجلاً ألف درهم ، فاشترى بها ودفعها^(۴) إليه ثم استردها^(۵) بهبة أو شراء وردها إلى موضعها^(۶) [فضاغت^(۷) لم يضمن علل فقال : قد ردها^(۸) بعينها إلى موضعها]^(۹)^(۱۰) .

وقد روي عن إبراهيم [عن محمد]^(۱۱) أنه^(۱۲) إذا قضاها غريمه بأمره^(۱۳) [ثم ردها إليه]^(۱۴) ثم وجدها زيوفاً فهلكت ضمن . علل فقال : لأن له أن^(۱۵) يستعملها في الذي يشاء ، كسائر [أملاكه]^(۱۶) ، وهناك^(۱۷) ليس [له]^(۱۸) صرفها في منفعه فهي عنده على

(۱) ما بين المعقوفين في (أ) فيه زيادة هي : « ذلك [ويصير ضماناً إلا بحجة فيبرأ عن الضمان] إلا بحجة ، وقد حذفت ما بين المعكوبين هنا لعدم وروده في (ب) ، و (ج) ، و (د) ، و (هـ) ، ولعدم مناسيته للسياق » .

(۲) الميسوط (۱۱ / ۱۱) ، وفتاوى قاضیخان (۳ / ۳۷۲) ، وفتاوى الهندية (۴ / ۳۵۴) .

(۳) في (ب) ، و (ج) « في رجل » .

(۴) في (ب) « بمادفعها » .

(۵) في (د) « ردها » ، وصح في الهامش إلى : « استردها » .

(۶) في (ج) « إلى موضعها برئ » .

(۷) سقط من (ب) .

(۸) في (ب) « يردها » .

(۹) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(۱۰) فتاوى قاضیخان (۳ / ۳۸۰) ، وفتاوى الهندية (۴ / ۳۴۸) .

(۱۱) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(۱۲) سقط من (ب) .

(۱۳) في (ج) « بامر صاحب الودیعة » .

(۱۴) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(۱۵) سقط من (ب) .

(۱۶) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) : « أمثالها » ، وقد صحح في هامش (د) إلى « أملاكه » ، وكذا هي في (ب) ، و (ج) .

(۱۷) في (ب) « وهذا » . وفي (ج) « وههنا » .

الوديعة^(١)، فالتعليل على هذا الوجه مذكور في الكتاب معنى قوله في فصل القضاء: [له أن يستعملها في الذي يشاء: أن صاحب الوديعة لما أمره^(٢) بقضاء الدين^(٣)] [من^(٤) الوديعة صار مقرضاً الدراهم الوديعة منه ، وصار المودع قاضياً دين نفسه [من مال نفسه]^(٥) وصار مثل تلك الدراهم ديناً لصاحب الوديعة في ذمة المودع فإذا ردت الدراهم على المودع [فقد]^(٦) عادت الدراهم إلى ملكه ، فإذا هلكت، هلكت [من]^(٧) ماله . أما في فصل الشراء : فالدراهم^(٨) لم تصر^(٩) مملوكة للمودع ، ووجب ردها بعينها^(١٠)؛ لأنها في حكم المغصوبة ، فإذا ردها إلى مكانها فقد أتى بالمستحق عليه^(١١) فببرأ عن الضمان^(١٢) .

في الأصل: إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو شيئاً^(١٣) من المكيلات والموزونات^(١٤) فأنفق المودع طائفة منها في حاجة كان ضامناً لما أنفق [منها]^(١٥)، ولم يصر

(١٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١) في (ج) « فهي عنده كالوديعة » .

(٢) في (ب) « لما أمر » .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) في (ج) « الدراهم » .

(٩) في (ب) ، و (ج) « لم يصر » .

(١٠) سقط من (ب) .

(١١) في (د) « عليها » .

(١٢) المبسوط (١١٢/١١)، والفتاوى الهندية (٣٤٨/٤) .

(١٣) في (أ) « شيء » .

(١٤) في (ج) « من المكيل والموزون » .

(١٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (ب) « فيها » ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

ضامنا لما بقي منها فإن جاء بمثل ما أنفق [وخلطه]^(١) صار ضامنا لجميع ما أنفق بالإتلاف، وما بقي بالخلط . قالوا : وهذا إذا لم يجعل على ماله علامة [حين]^(٢) خلط بمال الوديعة، أما إذا جعل لا يضمن إلا ما أنفق، وإن كان قد أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بدّله، وردّه^(٣) في^(٤) مكانها^(٥) فضاع فلا ضمان عليه . واختلف [٢ / ٥٨٦ ج] المشايخ في تخريج المسألة، بعضهم قالوا: لم يضمن^(٦) أصلاً، وبعضهم قالوا: ضمن ثم برئ بالرد إلى مكانه، وهو الصحيح، وهذا لأن الدفع^(٧) بينة الإنفاق [أخذ لنفسه]^(٨) سبب الضمان؛ لأنه خلاف؛ كما لو كان ثوباً فلبسه أو كان دابة فركبها، والدليل على أن الدفع^(٩) بنية البيع [يسبب^(١٠) الضمان حتى لودفع^(١١) لبيع وباع وضمن القيمة نفذ البيع من جهته^(١٢) وإنما ينفذ البيع إذا استند الملك إلى ما قبل البيع]^(١٣) وإنما يستند الملك إلى ما هو سبب^(١٤) (١٥) .

(١) ما بين المعقوفين في (أ)، و(ب)، و(د) «خلط»، والتصويب من (ج) .

(٢) ما بين المعقوفين في (أ)، و(ب)، و(د) «حتى»، والتصويب من (ج) .

(٣) في (ب) «ورقه» .

(٤) سقط من (د) .

(٥) في (ب)، و(ج)، و(د) «مكانه» .

(٦) في (ب)، و(ج) «لا يضمن» .

(٧) في (ب) «وهو الآن الرفع» .

(٨) ما بين المعقوفين تكرر في (ج) .

(٩) في (ب)، و(د) «الرفع» .

(١٠) في (ب)، و(ج) «سبب» .

(١١) في (د) «رفع» .

(١٢) في (ب) «جهة» .

(١٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ)، والتصويب من باقي النسخ .

(١٤) في (ب)، و(ج) «سبب الضمان» .

(١٥) المبسوط (١١/ ١١)، وفتاوى قاضيه خان (٣/ ٣٧٢)، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٤٨) .

الفصل الثامن

فيما إذا كان صاحب الوديعة أو المستودع غير واحد .

قال في الأصل : رجلان أودعا دراهم ، أو دنانير ، أو ثياباً ، أو دواب^(١) أو عبيداً فجاء أحدهما وطلب حصته والآخر غائب ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : ليس للمودع أن يدفع إليه حصته ، وقال أبو يوسف ومحمد : يدفع إليه حصته ولا تكون^(٢) قسمته^(٣) جائزة على الغائب . وَضَعَ المسألة في الدفع في الأصل ، وفي الجامع الصغير وضعها في الأخذ ، فقال : ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبي حنيفة . وعندهما له ذلك فقد جمع في الكتاب بين المكيل والموزون والعبيد والثياب ، وأجاب عقيب الكل بجواب واحد فقال^(٤) : ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما : يدفع . فمن مشايخنا من قال : بأن الخلاف في الكل واحد ، ألا ترى أن محمداً لم يفصل في الكتاب بين المكيل والموزون [وغيرهما . ومنهم من قال : الخلاف في المكيل والموزون خاصة ، فأما في الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته بلا خلاف ، وهو الأشبه بالصواب]^(٥) [وهذا لأننا نعتبر يد المودع بيد المودع وغير المكيل والموزون]^(٦) . لو^(٧) كان في يد المودعين وغاب [٣ / ٢٨٦ / د] الآخر لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه من ذلك بالإجماع فكذلك إذا كان في يد المودع^(٨) .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) « دوات وفي (جـ) « دما » .

(٣) في (ب) ، و (جـ) ، و (د) « ولا يكون » .

(٤) في (جـ) « قيمته » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (جـ) .

(٨) في (د) « ولو » .

(٩) الجامع الصغير (٣٥٣) ، والمبسوط (١٢٣ / ١١) ، وبدائع الصنائع (٢٠٨ / ٦ ، و ٢١٠) ، والهداية

في المنتقى : لو دفع المودع [إلى الحاضر]^(١) نصفها ، ثم هلك ما بقي ، وحضر الغائب ، وقال ^(٢) أبو يوسف : إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد ؛ [لكون]^(٣) المسألة مجتهداً^(٤) فيها^(٥) . وإن كان بغير قضاء فإن شاء الذي حضر أتبع الدافع بنصف ما دفع ، ويرجع به الدافع على القابض ، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض . ولو أراد أحد الرجلين أن يقيم البينة على المودع أن الوديعة كلها له^(٦) لا يسمع بينته [وكذا]^(٧) لو أراد أن يقيم البينة على إقرار صاحبه وقت الإيداع أن الوديعة كلها له لا تسمع^(٨) بينته^(٩) ^(١٠) .

ولو أن المودع في هذه الصورة ادعى هلاك الوديعة ، [أو أخذ]^(١١) ظالم منه ، فقال أحد المودعين : قد بقي في يدك شيء من الوديعة . كان له أن يحلفه على ذلك بلا خلاف ، فأبو حنيفة - رحمه الله - إن كان لا يرى حق^(١٢) استرداد الوديعة لأحدهما يرى

= (٢١٧/٣) ، والبنية (١٥٥/٩) ، وفتح القدير (٤٩٤/٨) ورد المختار (٤٦٧/٨) ، والفتاوى الهندية (٣٥٤/٤) .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٢) في (ب) ، و (ج) « قال » .

(٣) في (ب) « فلا ضمان لأحد » . ما بين المعقوفين في (أ) « لتكون » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ج) « مجتهداً » .

(٥) سقط من (ج) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (د) « وكذلك » .

(٨) في (ج) « لا يسمع » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(١٠) المبسوط (١٢٣/١١) ، وبدائع الصنائع (٢١٠/٦) ، والفتاوى الهندية (٣٥٥/٤) .

(١١) ما بين المعقوفين في (أ) « وأخذ » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) سقط من (ج) .

حق الاستحلاف لأحدهما^(١) .

في فتاوى [٥٩/٦ هـ] النسفي : وإذا كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غير ذلك فاقسمهما ، وجعل كل واحد منهما نصفاً^(٢) في بيته ، فهلك أحد النصفين أو كلاهما فلا ضمان . وإن أودعاهما^(٣) عند رجل فهلكت ضمانها ، والحكم في المستبضعين والوصيين والعَدْلَيْن^(٤) في الرهن هكذا^(٥) .

وإن ترك أحدهما الوديعة^(٦) عند صاحبه إن كان شيئاً لا يحتمل القسمة لا يضمنان ، وإن كان شيئاً يحتمل القسمة أجمعوا على أن المدفوع^(٧) إليه لا يضمن . وأما^(٨) الدافع فقد اختلفوا فيه قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يضمن نصف الوديعة . وقالوا : لا يضمن شيئاً^(٩) .

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الوديعة [٢/٤٧٩ أ] بعد هذه المسألة بمسائل

- (١) الفتاوى الهندية (٤/٣٥٥) .
- (٢) في (ب) ، و (ج) « نصفها » .
- (٣) مابين المعقوفين في (أ) « ادعاهما » ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٤) المستبضعين : مثني مستبضع ، وهو صاحب البضاعة ، وهي الطائفة من المال تبعت للتجارة ، وأبضع الشيء واستبضعه : جعله بضاعة .
- المصباح المنير (١/٥٠) ، ولسان العرب (٨/١٥) ، والقاموس المحيط (٩٠٩) .
- والوصيين : مثني الوصي وهو الذي يوصى والذي يوصى له ، وهو من الأضداد ، والمراد به هنا : الثاني ، فهو فعيل بمعنى مفعول .
- المصباح المنير (٢/٦٦٢) ، ولسان العرب (١٥/٣٩٤) ، والقاموس المحيط (١٧٣١) .
- والعدلين : مثني عدل ، والعدل من الناس : المرضي قوله وحكمه ، ويُقنع به .
- المصباح المنير (٢/٣٩٧) ، ولسان العرب (١١/٤٣٠) .
- (٥) الفتاوى الهندية (٤/٣٥٥) .
- (٦) في (ج) « كل الوديعة » .
- (٧) في (ج) « للمدفوع » .
- (٨) في (ج) « فأما » .
- (٩) المبسوط (١١/١٢٥) ، وبدائع الصنائع (٦/٢١٠) ، والفتاوى الهندية (٤/٣٥٥) .

فيما إذا كانت الوديعة شيئاً يحتمل القسمة إذا رضى أن يكون المال عند أحدهما إلى أن يحضر صاحب المال جاز ولم يذكر فيها خلافاً . وذكر أيضاً : إذا كانت الوديعة شيئاً لا يحتمل القسمة فإنهما يقسمان من حيث الضمان^(١) ^(٢) .

في المنتقى : رجلان أودعا عند رجل ألف درهم ، فقال أحدهما للمودع^(٣) : ادفع إلى شريكي مائة درهم . فدفعها ، وضاعت البقية . قال : ما أخذ فهو من مال [الأخذ]^(٤) حتى لا يرجع عليه شريكه [بشيء]^(٥) .

وكذلك [٦٢/٢ ب] إذا قال : ادفع إليه^(٦) مائتين . أو ما أشبه ذلك [ما لم ينته إلى النصف]^(٧) [وكذلك]^(٨) إذا قال^(٩) : ادفع إليه النصف . فهو من الكل ، حتى لو ضاع الباقي رجع عليه شريكه بنصف ما أخذ .

ولو قال : ادفع إليه حصته . فدفع ، فهو من حصته ، حتى لو هلك الباقي لا يرجع [عليه]^(١٠) شريكه بشيء . أما إذا قال : ادفع إليه مائة . وما أشبهها^(١١) ، فلأن المائة اسم للمفرز^(١٢) والمعين^(١٣) ، فقد أمره بإعطاء شيء مفرز إلى صاحبه ، والمفرز ليس حق صاحبه

(١) في (ب) ، و (ج) الزمان .

(٢) الفتاوى الهندية (٤/٣٥٥) .

(٣) في (ب) « فقال أحد المودع » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) « الآخر » ، والتصويب من (ج) .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٦) في (ب) « عليه » .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) قبل ما بين المعقوفين في (أ) « وإذا قال : ادفع إليه النصف ، وقد حذفته لتكراره مع ما بعده ،

ولسقوطه من باقي النسخ ، وما بين المعقوفين أي : كلمة « كذلك » سقطت من (ج) .

(٩) في (ج) « ولو قال » .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (ج) « أو ما أشبهها » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « للمفرد » .

(١٣) المَفْرَزُ : مُتَعَمِّلٌ من فَرَزَ يَفْرِزه فهو مُفْرَزٌ ، والفَرَزُ : غَزَلَ شيء من شيء وَمَيَّزَهُ وتَنَحَّيْتَهُ عَنْهُ وَقَصَلَهُ .

فيضمن الأمر به أمراً بإفراز نصيب صاحبه ، [وصاحبه] ^(١) لما أخذه فقد رضي بذلك الإقرار ، فتم الإفراز ، فصار قابضاً حقه من كل وجه ، فأما النصف فهو اسم للشائع لا اسم ^(٢) المفرز ، فقد أمره بإعطاء النصف من النصيبين بشرط أن يسلم له النصف الباقي ، ولم يسلم لما ضاع الباقي فكان له أن يرجع عليه بنصفه ^(٣) .

وفيه أيضاً : رجلان بينهما ألف درهم وضعها عند أحد ^(٤) ، ثم قال أحدهما لصاحبه : خذ نصيبك منها . [فأخذ] ^(٥) النصف الباقي ، فالنصف الذي أخذ صاحبه يكون بينهما ، قال : لأنه لا يكون هو مقاسماً لنفسه ، قال : وإن ^(٦) كان ضاع النصف الذي أخذ سلم الباقي للشريك ، قال : لأنه احتبس عند الأخذ مالية النصف على وجه لا يمكن رده ، فهو بمنزلة ما لو أكل النصف [الآخذ] ^(٧) ، وهناك يتعين النصف [الباقي للشريك] ^(٨) ، كذا هنا ^(٩) ^(١٠) ، والله تعالى أعلم بالصواب ^(١١) .

= المغرب ص (٣٥٥) ، والمصباح المنير (٤٦٧/٢) ، والقاموس المحيط ص (٦٦٩) .
والمُعَيَّن : اسم مفعول من عَيَّن المال لزيد : جعله عَيْناً مخصوصة به ، قال الجوهري : تعيين الشيء : تخصيصه من الجملة .

المصباح المنير (٤٤١/٢) ، ولسان العرب (٣٠٩/١٣) ، والقاموس المحيط ص (١٥٧٢) .
(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
(٢) في (ب) « اسم الشائع الاسم » .
(٣) الفتاوى الهندية (٣٥٥/٤) .
(٤) في (ج) « عند أحدهما » .
(٥) ما بين المعقوفين في (أ) « فأخذ وضاع » ، والتصويب من باقي النسخ ، وستأتي مسألة الضياع بعد سطر واحد .

(٦) في (ب) « فإن » .
(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
(٩) في (ب) ، و (ج) « ههنا » .
(١٠) الفتاوى الهندية (٣٥٥/٤) .
(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ج) ، وفي (ب) ، و (د) « والله أعلم » .

الفصل التاسع

فی الاختلاف الواقع^(١) فی الودیعة والشهادة فیها .

فی المنتقى : بشر عن أبی یوسف : رجل ادعى على^(٢) رجل وديعة ، وجحد^(٣) المودع ، وأقام^(٤) المدعي بينة على دعواه ، وأقام المودع بينة على المدعي أنه قال : مالي على فلان شيء . قال : إن كان [مدعي]^(٥) الوديعة يدعي أن الوديعة قائمة بعينها فهذه [البراءة]^(٦) لا تبطل حقه ؛ لأنها مادامت عنده فليس له عليه إنما له عنده^(٧) .

وفيه أيضا : رجل قال : لفلان عندي ألف درهم وديعة [ثم قال بعد ذلك : قد ضاعت (قبل إقراره) فهو ضامن . ولو قال : كانت له عندي ألف [درهم وضاعت . فالقول قوله ولا ضمان ولو قال : له عندي ألف درهم وديعة]^(٨) وديعة^(٩)]^(١٠) وقد^(١١) ضاعت . ووصل الكلام صدقته استحساناً ، وصار تقدير هذه المسألة : كانت له عندي ألف درهم وضاعت^(١٢) .

إذا قال المودع : ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت . كان القول قوله مع

(١) في (ب) « في اختلاف الواقعة » .

(٢) في (جـ) « قبل » .

(٣) في (جـ) « وهجرها » .

(٤) في (جـ) « فأقام » .

(٥) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « يدعي » ، والتصويب من (ب) ، و (جـ) ، و (هـ) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٧٢) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٦) .

(٨) ما بين المعقوفين زيادة في (جـ) .

(٩) ما بين القوسين سقط من (ب) .

(١٠) ما بين المعقوفين المزدوجين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) في (جـ) « فقد » .

(١٢) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٦) .

اليمين، [ولا ضمان عليه] ^(١)؛ لأنه [لواقصر على قوله ذهبت كان القول قوله مع اليمين لأنه] ^(٢) أمين أخبر بما هو محتمل ، فكذا إذا قال : ذهبت ولا أدري كيف ذهبت ؛ لأنه عسى أن يذهب ^(٣) على وجه لا يعلم كيفيته ؛ بأن يذهب ^(٤) وهو نائم أو غائب .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوديعة : واختلف المتأخرون فيما إذا قال ابتداءً : لا أدري كيف ذهبت . فمنهم من قال : هو ضامن ؛ لأنه جهلها بما قال ، بخلاف ما إذا قال ذهبت ولا أدري كيف ذهبت ، لأن بقوله : ذهبت . يخبر هلاكها ^(٥) ، وهذا القدر يكفيه ، فلا يضره بعد ذلك : ولا أدري كيف ذهبت . ومنهم من قال : لا يضمن ، وهو الأصح ؛ لأن أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة ، وإنما التجهيل في كيفية الذهاب ، والإخبار بأصل الذهاب يكفي في البراءة عن الضمان ^(٦) .

في النوازل : إذا قال المودع : ذهب الوديعة من منزلي ولم يذهب شيء من مالي . قبل قوله مع اليمين ؛ لأنه أمين أخبر عما ^(٧) يتصور فيصدق مع اليمين ^(٨) .

إذا أقام رب الوديعة البيئة على الإيداع بعد ما جحد المودع ، وأقام المودع بيئة على الضياع . فهذه المسألة على وجهين : الأول : أن يجحد المودع ، الإيداع بأن يقول للمودع : لم تودعني . وفي هذا الوجه : المودع ضامن ، وبينته على الضياع مردودة ، سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود . أما إذا شهدوا بالهلاك ^(٩) بعد الجحود ؛

(١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) في (ج) « عسى ذهب » .

(٤) في (ج) « بأن ذهب » .

(٥) في (ج) « بهلاكها » .

(٦) المبسوط (١١ / ١١٢) ، وواقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٤ ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٧) .

(٧) في (ب) « بما » .

(٨) واقعات الصدر الشهيد للوحة رقم ١٤٥ ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٧) .

(٩) سقط من (ب) .

لأن الجحود صار المودع ضامناً، وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر الضمان لا أن يسقطه . وأما^(١) إذا شهدوا على الهلاك قبل الجحود فلا^(٢) البينة إنما تقبل بعد دعوى صحيحة ، ودعوى الهلاك من المودع بعد ما أنكر أصل الإيداع لا يصح لمكان التناقض .

الوجه الثاني : أن لا يجحد الإيداع وإنما يجحد الودیعة بأن قال : ليس لك عندي وديعة . ثم أقام البينة^(٣) على الضیاع ، [فإن^(٤) أقام بينة على الضیاع]^(٥) بعد الجحود فهو ضامن ؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك [المضمون ، وإن أقام بينة على الضیاع قبل الجحود فلا ضمان ؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك]^(٦) الأمانة . وإن أقام البينة على الضیاع مطلقاً ولم يتعرضوا^(٧) لا^(٨) لما قبل الجحود [ولما بعد الجحود]^(٩) فهو ضامن ؛ لأنه يحتمل الهلاك بعد الجحود ، وعلى هذا التقدير : لا يسقط الضمان ، فلا يسقط الضمان بالشك^(١٠) .

وفي [٢ / ٤٨٠ / ١] القدوري : إذا قال المودع للقاضي : حلف المودع ما هلكت قبل الجحود^(١١) . حلفه القاضي ؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول الذي هو إقرار ، ويحلفه على العلم ؛ لأن هذا تحليف على أمر وقع في يد

(١) في (ج) « فأما » .

(٢) في (ج) « فإن » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « بينة » .

(٤) في (ج) « إن » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٧) في (ب) « ولم يتعرض » .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ . وفي (ج) « ولما بعد » .

(١٠) المبسوط (١١ / ١١٧) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٦) .

(١١) في (ب) ، و (ج) « جحودي » .

الغير^(١) .

إذا^(٢) قال المودع : قد أعطيتكها ، ثم قال بعد أيام : [لم أعطيكها]^(٣) ؛ ولكنها ضاعت^(٤) ، فهو ضامن ولا يصدق^(٥) فيما قال ؛ إمالأنه لما قال : أعطيتكها . فقد أقر أنه ليس عنده وديعة ، فإذا قال بعد ذلك : هلكت عندي . قد أقر أنه كان عنده وديعة حين قال : ليست عندي . فيثبت جحوده بالكلام الثاني ، وإنه سبب ضمان ، أو لأنه تكلم بكلامين لا يمكن الجمع بينهما ، فينتقض^(٦) كل واحد منهما بصاحبه^(٧) فبقي ساكتاً ممتنعاً من الرد بعد الطلب وإنه سبب الضمان . وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولاً ثم قال : أوهمتُ قد رددتها عليك^(٨) . لا يصدق ، وهو ضامن ، لما ذكرنا من [المعنى]^(٩) الثاني^(١٠) .

وفي المنتقى : رجل أودع عند رجل وديعة ، فقال المودع : ضاعت منذ عشرة أيام . وأقام^(١١) صاحب الوديعة بينة أنها كانت في يده منذ يومين ، فقال المودع : وجدتتها فضاعت [قبل ذلك منه]^(١٢) [^(١٣)] .

(١) بدائع الصنائع (٦/٢١٢) ، الفتاوى الهندية (٤/٣٥٦) .

(٢) في (ج) « فإذا » .

(٣) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « أعطيتكها » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

(٤) في (ج) « هلكت » .

(٥) في (ج) « ولا يصدق » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ب) « يناقضه » .

(٨) في (ج) « ثم قال : أو قد رددتها عليك » .

(٩) ما بين المعقوفين في (أ) « المعاني » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) المبسوط (١١/١١٧) ، والفتاوى الهندية (٤/٣٥٦) .

(١١) في (ب) « فأقام » .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) « منه قبل ذلك » . ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٣) الفتاوى الهندية (٤/٣٥٦) .

رجل قال لغيره : قد كنت أودعنتي^(١) ألف درهم فضاعت . وقال ذلك الغير : كذبت ما استودعتك إنما غصبتها . أو قال أخذتها بغير أمري . فلا ضمان عليه [بخلاف ما إذا قال أخذتها وديعة ، وقال صاحب المال لا ، بل أخذتها بغير أمري]^(٢) ، فالقول قول صاحب المال ومدعي الوديعة ضامن ، والفرق : أن في المسألة الثانية أقرب بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق^(٣) في دعواه ، كما لو قال لغيره : أكلت مالك بإذنك . وقال صاحب المال : لا ؛ بل أكلت بغير إذني . أما في المسألة الأولى فما أقر^(٤) بالأخذ ؛ لأن الإيداع بدون الأخذ متصور بأن يضع [٣ / ٢٨٧ / د] المال بين يديه ويقول : [احفظه]^(٥) . ولو^(٦) قال صاحب المال : أقرضتكها . وقال ذلك الرجل^(٧) : لا ؛ بل أخذتها وديعة . فالقول قول مدعي الوديعة ؛ لأنهما^(٨) (اتفقا على أن الأخذ كان بإذن المالك .) والأخذ بإذن المالك لا يكون سبب ضمان إلا باعتبار عقد ضمان فالمالك يدعي عقد الضمان ومدعي الوديعة^(٩) ينكر ذلك بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن هناك ما اتفقا أن الأخذ كان بإذن المالك^(١٠)^(١١) .

رجل له [عند]^(١٢) رجل ألف درهم [٦ / ٦٠ / هـ] وديعة ، وله على المودع ألف

(١) في (ج) « قد استودعنتي » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) في (ب) « فلا ضمان » .

(٤) في (ج) « ما أقر » .

(٥) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) « احفظ » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٦) في (ب) « أو » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) في (ب) « لأنه » .

(٩) ما بين القوسين سقط من (ب) .

(١٠) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١١) المبسوط (١١ / ١١٨) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٧) .

(١٢) ما بين المعقوفين في (أ) « على » ، والتصويب من باقي النسخ .

درهم دَيْنٌ فدفَعَ المودَعُ إليه ألف درهم ، ثم اختلفا بعد ذلك بأيام ^(١) ، فقال رب المال : أخذتُ الوديعة والدين عليك على حاله وقال المودَعُ : بل أعطيتك القرض ، وقد ضاعت الوديعة . فالقول قوله ؛ لأنه لا عبرة لاختلافهما في الألف المردودة ؛ لأنها وصلت إلى المالك أي شيء ^(٢) كانت ، وإنما اختلفا في الألف الهالكة ، فالمالك يدعي فيها الأخذ قرضاً والمدعى عليه يدعي الأخذ وديعة وفي هذا القول قولٌ مدعي الوديعة لما مر ^(٣) .

رجل أودع رجلاً ^(٤) وديعة ، فغاب ربُّ الوديعة ، ثم قَدِمَ وطلب ^(٥) الوديعة ، فقال المودَعُ : أمرتني أن أنفقها على أهلِكَ وولدك ، وقد أنفقتها عليهم . ورب الوديعة يقول : لم أمرك ^(٦) بذلك . فالقول قول رب الوديعة ، والمودَعُ ضامن ؛ لأنه أقرب بسبب الضمان وادعى ما يبرئه فلا يصدق في دعواه إلا بحجة وهذه المسألة دليل على أن مَنْ كان له [عند] ^(٧) آخر ألف درهم وديعة ، وعلى رب الوديعة دين ألف درهم فدفَعَ المودَعُ الألف إلى صاحب الدين بغير أمر صاحب الوديعة أنه يضمن [وإن كان الدَّيْنُ ظاهراً والوديعة من جنس الدين] ^(٨) . وهذا فصل اختلف المشايخ فيه ، كان الحاكم الإمام أبو إسحاق الترمذي يقول : لا يضمن . وغيره من المشايخ ^(٩) كانوا يقولون : بالضمان ، وهذه المسألة ^(١٠) دليل على الضمان ؛ لأن نفقة الأهل تصير ديناً بقضاء القاضي ، وقد أوجب

(١) في (ب) « أيام » .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) المبسوط (١١٨ / ١١) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٩) .

(٤) في (ج) « رجل أودع عند رجل » .

(٥) في (ب) « فطلب » .

(٦) في (ب) « يقول : أمرك » .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « على » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) سقط من (ج) .

محمد الضمان على المودع بلا تفصيل^(١) .

إذا مات صاحب الوديعة ، فالورثة خُصَمَاءُ للمودع في دعوى الوديعة ، ويجبر المودع على دفعها إلى الورثة . فرق بين هذا وبين العبد إذا أودع وغاب لا يكون للمولى أن يأخذ حتى يحضر^(٢) العبد ، إلا إذا علم أن الوديعة من أملاك المولى أو من اكتساب العبد^(٣) .

وإذا قال رب الوديعة : أودعتك عبداً [و]^(٤) أمة . وقال المودع : ما أودعتني إلا أمة وقد هلك . فأقام رب الوديعة بينة على ما ادعى^(٥) ضمن المستودع قيمة العبد . قال شيخ^(٦) الإسلام : إنما يقبل القاضي شهادتهم [٢ / ٥٨٧ / جـ] ويقضي^(٧) بقيمة العبد إذا وصفوا العبد^(٨) ونعتوا للقاضي ، والقاضي يعرف مقدار قيمة مثل ذلك العبد ، وإن لم يعرف سأل المدعي حتى يقيم بينة على مقدار قيمة العبد . وأما^(٩) إذا لم يصفوا العبد وإنما شهدوا أنه أودعه عبداً فالقاضي لا يقبل شهادتهم ؛ لأنهم شهدوا بمجهول^(١٠) لا يمكن القضاء به . وعلى قياس ما ذكرنا في كتاب الغصب : أن المدعي إذا أقام بينة^(١١) أنه غصب منه جارية تقبل^(١٢) هذه البينة [ويثبت الغصب بها في حق الحبس لافي حق

(١) المبسوط (١١ / ١٢٧) ، الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٨) .

(٢) في (ب) « يأتي » .

(٣) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٤) .

(٤) مابين المعقوفين في (أ) « أو » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) في (جـ) « فأقام رب الوديعة على ما ادعى بينة » .

(٦) في (ب) « قال الشيخ » .

(٧) في (د) « ويقضي بها » .

(٨) سقط من (جـ) .

(٩) في (جـ) « فاما » .

(١٠) في (جـ) « لأنهم شهدوا لمجهول » .

(١١) في (جـ) « البينة » .

(١٢) في (ب) « قبل » .

القضاء بالجارية ينبغي أن تقبل هذه البينة^(١) ويثبت الغصب في حق الحبس لا في حق القضاء بالعبد وإذا ادعى المودع الرد أو الهلاك ، وادعى المالك الاستهلاك ، فالقول قول المودع ، وإن أقاما البينة فالبينة أيضاً بينة المودع . كتبه في الجامع في باب من الاختلاف في المراجعة ورأس المال^(٢) . قال الصدر الشهيد : ويجوز أن لا تقبل^(٣) البينة ههنا [أصلاً]^(٤) ، [وسيطه]^(٥) الفرق بين المسألتين بالتأمل^(٦) [إن شاء الله تعالى]^(٧) . انتهى^(٨) .

-
- (١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .
 - (٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .
 - (٣) في (ب) « لا يقبل » .
 - (٤) مابين المعقوفين في (أ) « أظهر » ، والتصويب من باقي النسخ .
 - (٥) مابين المعقوفين في (أ) « وسيأتي » ، والتصويب من باقي النسخ .
 - (٦) المبسوط (١١ / ١٣١) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٥٨) .
 - (٧) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) وفي (ب) « والله أعلم » ، والتصويب من (ج) .
 - (٨) سقط من (ب) ، و (ج) ، و (د) .

الفصل العاشر

في المتفرقات .

إذا هلك الوديعة في يد المودع يستوى فيه الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه [وبأمر ٢/ ٤٨١ / أ] لا يمكن التحرز عنه^(١) [٢] ؛ لأن الهلاك بما يمكن^(٢) التحرز عنه بمعنى العبث في الحفظ، وصفة السلامة عن العبث إنما تصير^(٣) مستحقة^(٤) في المعاوضات دون التبرع، والمودع متبرع^(٥) .

إذا [كانت] الوديعة دراهم فاختلفت^(٦) بدراهم المودع على وجه يعتبر^(٧) التميز^(٨) لا يصير المخلوط مشتركاً بينهما ، وإن^(٩) اختلفت على وجه تعذر التميز صار المخلوط مشتركاً بينهما .

وإن خلطهما بعض من في عيال المودع ؛ [و] كان الخلط على وجه تعذر التميز، أو كان الخلط على وجه يتعسر التميز؛ بأن خلط حنطة الوديعة بشعير المودع صار الخالط ضامناً، وحكم المخلوط مَرّ في كتاب^(١٠) الغصب .

- (١) سقط من (ج) .
- (٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .
- (٣) في (د) « لأن الهلاك بأمر يمكن » .
- (٤) في (ب) « يصير » .
- (٥) في (ج) « مستحقاً » .
- (٦) المبسوط (١١ / ١٠٩) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢٠٩) ، و (٦ / ٢١١) .
- (٧) ما بين المعقوفين في (أ) « كان » ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٨) في (ج) « فاختلف » .
- (٩) في (ب) « ليصير » .
- (١٠) في (د) « التميز » .
- (١١) في (ج) « فإن » .
- (١٢) ما بين المعقوفين في (ب) « وإن » ، والتصويب من باقي النسخ .
- (١٣) في (ج) « وحكم المخلوط ما في كتاب » .

فإن لم يظفر بالخالط فقال أحدهما : آخذُ المخلوطَ وأعْزِمُ لصاحبي مثلَ ما كان له .
فرضي به صاحبه جاز ؛ لأن صاحبه لما رضي به صار بائعاً نصيبه [منه] ^(١) وهو قادر على تسليمه فيجوز ؛ بخلاف ما لو باع من غيره . وإن اتفقا على البيع يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على [قدر] ^(٢) قيمة الحنطة والشعير ^(٣) إلا أن [صاحب الحنطة يضرب بحنطة مخلوطة بالشعير ، و] ^(٤) وصاحب الشعير يضرب بشعير غير مخلوط بالحنطة .
وإن لم يتفقا على شيء فالخيار لصاحب ^(٥) الكثير ، [إن] ^(٦) كان الشعير أكثر [فالخيار] ^(٧) لصاحب (الشعير يأخذ المخلوط ويضمن لصاحب الحنطة [قدر] ^(٨) [قيمة] ^(٩) حنطة مخلوطة ^(١٠) بالشعير ، وإن كانت [الحنطة] ^(١١) أكثر فالخيار لصاحب ^(١٢) الحنطة ^(١٣) .

في المنتقى : عن أبي يوسف برواية ابن سماعة : في رجل عنده ألف درهم وديعة لرجل فأقرضه إياها ، أو قال : هي قضاء بمالك عليّ ، بأن كان للمودع على صاحب الألف ألف درهم ، فلم يرجع إلى منزله ليقبضها حتى ضاعت ، فهي من مال المودع ما لم

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، والتصويب من (ج) ، و (د) .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) في (ج) « الشعير والحنطة » .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

(٥) في (ب) « لصار » .

(٦) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) « وإن » ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (ج) ، والتصويب من (د) .

(١٠) في (ج) « مخلوط » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من (ج) ، و (د) ، و (هـ) .

(١٢) ما بين القوسين سقط من (ب) .

(١٣) المبسوط (١١ / ١١٠) ، وبدائع الصنائع (٦ / ٢١٣) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٨ ، ٣٤٩) .

يقبضها . أصل هذه ^(١) المسألة : أن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الضمان ، والقبض بجهة القرض وجهة الاقتضاء قبض ضمان ^(٢) .

استهلك الوديعة إنساناً كان للمودع أن يخاصم المستهلك في القيمة ، ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوكالة في باب الوكالة بقبض الوديعة والعارية ^(٣) .

رجل أودع رجلاً صكاً ^(٤) ضيعة ^(٥) ، والصك ليس للمودع ، ثم جاء من كان الصك باسمه وادعى تلك الضيعة ، والشهود الذين بذلوا خطوطهم أبوا الشهادة حتى يروا خطوطهم في الصك ، فالقاضي يأمر المودع ^(٦) [٦١/٦ هـ] حتى يرى الصك من الشهود ليروا خطوطهم ، ولا يدفع الصك إلى المودع ^(٧) . هكذا [حكى] ^(٨) عن ^(٩) الفقيه أبي جعفر الهندواني ، وعليه الفتوى ^(١٠) .

ذكر شيخ الإسلام في أول ^(١١) شرح الشفعة : رجل أجلس عبده في حانوته ، وفي الحانوت ودائع ، فسرت الودائع ، ثم وجد المولى بعضها في يد عبده وقد أتلف البعض ،

(١) سقط من (ج) .

(٢) فتاوى قاضيخان (٣/٣٨١) ، و الفتاوى الهندية (٤/٣٥٩) .

(٣) المبسوط (١٩/٨٨-٨٩) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) الضيعة والضياع عند الحاضرة : مال الرجل من النخل والكرم والأرض ، والعرب لاتعرف الضيعة إلا الحرفة والصناعة ، يقال : ماضيعتك ؟ أي : ماحرفتك ؟ ، وفي القاموس : « الضيعة هي : العقار ، والأرض المغللة ، والتصغير : ضيعة ، ولاتقل : ضوينة ، والجمع : ضييع وضياع وضيعات » .

المصباح المنير (٢/٣٦٦) ، ولسان العرب (٨/٢٣٠) ، والقاموس المحيط ص (٩٦٠) .

(٦) في (ج) « فالقاضي يأمر المدعي المودع » .

(٧) في (ب) ، و (ج) « المدعي » .

(٨) مابين المعوقين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٩) سقط من (د) .

(١٠) الفتاوى الهندية (٤/٣٦٢) .

(١١) في (ب) « أواخر » .

فباع المولى العبد^(١) [لغلام ، فهذا على وجهين : إما إن كان للمودع بينة على ذلك أولم يكن]^(٢) : إذا كان^(٣) للمودع بينة على ذلك فهو بالخيار : إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن ، وإن شاء نقض البيع وباعه في دينه ؛ لأنه ظهر أن المولى باع المديون [٦٣ / ٢ / ب] ، وإن لم يكن له بينة فله أن يُحَلِّف مولاة على علمه فإن حلف [لم]^(٤) يثبت ، وإن نكل فهذا على وجهين : إن أقر المشتري بذلك [أو أنكر ، إن أقر بذلك]^(٥) فهذا وما لو ثبت^(٦) بالبينة سواء ، وإن أنكر ليس له أن ينقض البيع ؛ بل^(٧) يأخذ^(٨) الثمن من المولى ؛ لأن الدين ظهر في حق المولى ، أما ما ظهر^(٩) في حق المشتري^(١٠) .

في فتاوى أبي الليث : استودع [رجلاً]^(١١) ألف درهم ، ثم غاب رب الوديعة ، ولا يدري أحي هو أم ميت ، فعليه أن يمسكها حتى يعلم موته ، ولا يتصدق بها ، بخلاف اللقطة^(١٢) .

إذا كان الوديعة إبلاً أو بقراً أو غنماً ، وصاحبها غائب ، فأنفق^(١٣) عليها^(١٤) المودع بغير أمر القاضي ، [فهو متطوع ؛ لأنه أنفق على دابة الغير بغير أمره وبغير أمر من يلي عليه وإن

(١) في (ج) « الغلام » .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٣) في (ب) « وإن كان » وفي (ج) « فإن كان » .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٦) في (د) « فهذا ومائت » .

(٧) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٨) في (ج) « ويأخذ » .

(٩) في (ب) « ظهر في حق المولى وماظهر » .

(١٠) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٧٦) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤١) .

(١١) مابين المعقوفين في (أ) « رجل » ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) لم أقف عليه في فتاوى أبي الليث .

(١٣) في (ج) « وأنفق » .

(١٤) في (ب) « عليه » .

رفع الأمر إلى القاضي^(١)، سأل القاضي^(٢) البينة على كون العين وديعة عنده وعلى كون المالك غائباً ، فإذا^(٣) أقام بينة على ذلك ؛ إن كانت الوديعة شيئاً يمكن أن يؤاجر وينفق عليه من غلتها^(٤) أمره القاضي بذلك . وإن كان^(٥) الوديعة شيئاً لا يمكن أن يؤاجر فالقاضي يأمره بأن ينفق عليه من ماله يوماً أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك، ولا يأمره بالإنفاق زيادة على ذلك ؛ بل^(٦) يأمره بالبيع وإمساك الثمن

والحاصل : أن القاضي يفعل بالوديعة ما هو أصلح وأنظر في حق صاحبها وإن كان القاضي أمره بالبيع في أول الوهلة كان جائزاً^(٧) . وما أنفق المودع على الوديعة بأمر القاضي فهو دين على صاحبها يرجع به عليه إذا حضر ؛ غير أن في الدابة يرجع بقدر قيمة الدابة . وفي العبد يرجع بالزيادة على ثمنه^(٨) ، لأن الإنفاق على العبد كان لحق العبد ولحق المولى حفظاً للمالية عليه فلئن كان لا يرجع بالزيادة [على القيمة]^(٩) لحق^(١٠) المولى - لأنه حفظ في حق الزيادة - يرجع باعتبار حق العبد ؛ لأن الأمر باعتبار حق العبد قد صحّ، ولهذا يجبر المولى على الإنفاق على [العبد لحقه، فأما في الدابة الأمر بالإنفاق صحّ حفظاً للمالية على المولى لالحق الدابة، ألا ترى أن المولى لا يجبر على الإنفاق على^(١١) الدابة، وفي الزيادة على القيمة لا حفظ فلهذا لا يرجع بالزيادة .

(١) ما بين المعقوفين سقط من (أ)، والتصويب من باقي النسخ .

(٢) سقط من (ج) .

(٣) في (ج) « فإن » .

(٤) في (د) « غلته » .

(٥) في (ب) ، و (ج) « كانت » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ج) « الوهلة جاز » .

(٨) في (ج) « قيمته » .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (د) .

(١٠) في (ج) « بحق » .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د)، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

وإن لم يرفع الودیعة إلى القاضي حتى اجتمع من ألبانها شيء كثير^(١) له ثمن وهو يخاف فسادہ ، أو كانت الودیعة أرضاً فأخرجت ثمرةً فخاف فساده فباع ذلك بغير [۲۸۸/د] أمر القاضي : فإن كان في المصر أو في موضع يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك الشيء فهو ضامن ، وإن كان في موضع [۲/۴۸۲/أ] لا يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك الشيء فهو غير ضامن^(٢) ؛ لأن بيعه في الوجه الأول ليس بحفظ بخلاف الوجه الثاني . ألا ترى^(٣) أنه لو باع في المفازة ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير يجوز بيعه ولا ضمان وإن لم يكن مأموراً بالحفظ من جهته^(٤) ؛ فلأن يجوز^(٥) بيعه ههنا وقد أمر بحفظه^(٦) أولى^(٧) .

في العيون : رجل استقرض من رجل خمسين درهماً فأعطاه غلطاً^(٨) ستين ، فأخذ العشرة ليردها فهلك في الطريق يضمن خمسة أسداس العشرة ؛ لأن ذلك القدر فرض ، والباقي وديعة الثاني^(٩) ^(١٠) .

وفيه أيضاً : رجل استقرض من رجل عشرين درهماً فأعطاه مائة ، وقال : خذ منها عشرين قرصاً ، والباقي عندك وديعة . [ففعل ، يعني^(١١) أخذ^(١٢) العشرين منها وصرفها

(١) في (ب) « كبير » .

(٢) في (ج) « فهو ليس بضامن » .

(٣) في (ب) « ألا يرى » .

(٤) في (ب) ، و (د) « من جهة » .

(٥) في (ج) « فلا يجوز » .

(٦) في (ج) « بالحفظ » .

(٧) المبسوط (١١ / ١٢٦) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٤٤) .

(٨) سقط من (ج) .

(٩) سقط من (ب) ، و (ج) .

(١٠) عيون المسائل (٢ / ٣٤١) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٧٣) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٠) .

(١١) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٢) في (ب) « فأخذ » .

إلى حاجته، ثم أعاد العشرين في المائة؛ ثم دفع إليه رب المال أربعين درهماً؛ وقال له :
اخلطها بتلك الدراهم . ففعل، ثم ضاعت الدراهم كلها لا يضمن الأربعين ويضمن
بقيتها^(١)، أما البقية^(٢) فلأن العشرين قرض، والقرض مضمون ، وما جاء به من العشرين
ملك المستقرض وقد خلطها بالوديعة فصار مستهلكاً للوديعة فأما الأربعون فقد خلطها
بإذن صاحب المال^(٣) .

في غصب فتاوى أبي الليث : دفع إلى آخر عشرة دراهم . وقال : خمسة منها هبة
لك وخمسة وديعة عندك . فاستهلك^(٤) القابض منها خمسة وهلكت الخمسة الباقية،
يضمن سبعة ونصفاً؛ لأن الهبة فاسدة؛ لأنها هبة المشاع^(٥)، فالمقبوض^(٦) بحكم الهبة^(٧)
الفاصلة مضمونة، فالخمسة التي هلكت نصفها أمانة ونصفها مضمونة فيجب ضمان
نصفها وذلك درهمان ونصف ، والخمسة التي استهلكها كلها صارت مضمونة
بالاستهلاك فيضمن سبعة دراهم ونصفاً لهذا .

ولو قال : ثلاثة من هذه العشرة لك والسبعة الباقية سلمها إلى فلان فهلك
الدراهم في الطريق يضمن الثلاثة؛ لأنها كانت هبة فاسدة ولو كان ذلك وصية من الميت
لم يضمن شيئاً؛ لأن وصية المشاع جائزة ولا يضمن السبعة في المسألتين جميعاً^(٨) .
وفي^(٩) المنتقى : إبراهيم بن رستم عن محمد رجل له على رجل مائة درهم فدفع

(١) في (ج) « نفقتها » .

(٢) في (ج) « النفقة » .

(٣) عيون المسائل (٣٤١ / ٢) ، والفتاوى الهندية (٣٦٠ / ٤) .

(٤) في (ج) « واستهلك » .

(٥) في (ب) « لأنها هبة المشايخ » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « والمقبوض » .

(٧) سقط من (ج) .

(٨) فتاوى أبي الليث ، لوحة رقم (٢٠٨) ، وفتاوى قاضيخان (٣٧٣ / ٣) ، والفتاوى الهندية (٤ /

(٣٤٣) .

(٩) في (ب) ، و (ج) ، و (د) : « في » .

المطلوب إلى الطالب مائتي درهم ، وقال : هذا مالك فخذها فأخذها . فضاعت ، والآخذ لا يعلم كم هي قال أبو حنيفة لا شيء عليه . وقال أبو يوسف ومحمد عليه مائة درهم فالكلام لأبي حنيفة - رحمه الله - ظاهر، أما^(١) الكلام لهما أن إحدى المائتين مقبوضة^(٢) بجهة اقتضاء الدين والمقبوض بجهة الشيء ملحقة بحقيقة ذلك الشيء ، عُرف^(٣) ذلك في موضعه ، والمقبوض بحقيقة الاقتضاء مضمون ؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها ، فكذا المقبوض بجهة اقتضاء الدين^(٤) .

وذكر بعد هذه المسألة بمسائل^(٥) : هشام عن محمد رجل له^(٦) على رجل ألف درهم دين أعطاه ألفين ، وقال : ألف منها قضاء من حقك ، [وألف]^(٧) يكون^(٨) وديعة . فقبضها وضاعت . قال^(٩) : هو قابض حقه ولا يضمن شيئاً ؛ لأن في هذه الصورة القبض بجهة الاقتضاء حصل بقدر الألف لا غير^(١٠) .

وفيه أيضاً : رجل له على رجل ألف درهم ، فقال^(١١) : ابعث بها مع فلان . فضاعت^(١٢) من يد الرسول ، ضاعت^(١٣) من مال المديون ، وهذا بناء على أن يد الرسول

(١) في (ج) « وأما » .

(٢) في (ج) « مقبوض » .

(٣) في (ب) « عرفت » .

(٤) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٠) .

(٥) في (ج) « وذكر بعد هذه المسائل مسائل » ، وفي (د) « وذكر بعض هذه المسألة مسائل » .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) مابين المعقوفين في (أ) « وأن » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٨) في (د) « تكون » .

(٩) في (ج) « وقال » .

(١٠) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٠) .

(١١) في (ب) « فقالت » .

(١٢) في (ج) « فضاع » .

(١٣) في (ج) « ضاع » .

يد مديون^(١)؛ لأن اختيار^(٢) الرسول إليه؛ لأنه يبعث مال نفسه ويقول رب الدين: ابعث بها على يدي^(٣) فلان. لا يلزمه البعث على يده^(٤)، فهو معنى قولنا: إن يد الرسول يد المديون^(٥)، فلهذا كان الهلاك على المديون^(٦).

في فتاوى النسفي: أمة اشترت شيئاً من مال اكتسبته في بيت المولى، وأودعته عند رجل، فهلك^(٧) في يده، فللمولى أن يضمن المودع؛ [٦ / ٦٢ هـ] لأنه^(٨) مال المولى أودعته بغير إذن المولى، فكأن المودع مودع الغاصب فيضمن^(٩). والله أعلم^(١٠) [بالصواب، (وإليه المرجع والمآب)^(١١)] [١٢] تم كتاب الوديعة بحمد الله تعالى [١٣].

(١) في (ج) « المديون » .

(٢) في (ب) « إخبار » .

(٣) في (ج) « يد » .

(٤) في (ج) « يديه » .

(٥) في (ب) « مديون » .

(٦) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٢) ورد المختار (٨ / ٤٦٩) .

(٧) في (د) « فهلك » .

(٨) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « لأنها » .

(٩) الفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٢) .

(١٠) في (د) « والله تعالى أعلم » .

(١١) ما بين القوسين سقط من (ج) .

(١٢) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(١٣) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

كتاب العارية^{(١)(٢)}

هذا الكتاب يشتمل على تسعة^(٣) فصول :

[الفصل^(٤) الأول : في بيان شرائط جواز العارية وبيان نوعها وصفتها .

(الفصل الثاني)^(٥) : في الألفاظ التي تنعقد^(٦) بها العارية .

(الفصل الثالث)^(٧) : في التصرفات التي يملكها المستعير في المستعار ، والتي لا

يملك .

(الفصل الرابع)^(٨) : في خلاف المستعير .

(١) في (ج) « بسم الله الرحمن الرحيم كتاب العارية » .

(٢) العارية لغة من : أعاره الشيء وأعاره منه وعاوره وإياه ، وتعاوروه واعتوروه أي : تداولوه بينهم .

والعارية من ذلك ، والأصل فَعْلِيَّةٌ بفتح العين نسبة إلى العارة وهي اسم من الإغارة . يقال : تعور

واستعار : طلب منه العارية ، واستعاره الشيء واستعاره منه : طلب منه أن يعيره إياه .

قيل : سميت عارية ؛ لأنها عار على طالبيها ، وقيل : مأخوذة من : عَارَ الفرسُ : إذا ذهب من

صاحبه ؛ لخروجه من يد صاحبيها ، وهما غلط ؛ لأن العارية من الواو ؛ لأن العرب تقول : هم

يتعاورون العواري ويتعورونها ، بالواو : إذا أعار بعضهم بعضاً .

المغرب (٣٣١) ، والمصباح المنير (٤٣٧/٢) ، ولسان العرب (٦١٨/٤) ، والقاموس

المحيط ص (٥٧٣) .

واصطلاحاً : هي تملك المنافع بغير عوض .

ومناسبة الباب لما قبله أن كلا منهما أمانة ، وأخرها عن الوديعة ؛ لأن فيها تملكاً .

الهداية (٢٢٠/٣) ، والاختيار لتعليل المختار (٥٥/٣) ، وتبيين الحقائق (٨٣/٥) ، وفتح

القدير (٣/٩) ، والبنية (١٦٧/٩) ، ورد المختار (٤٧٣/٨) .

(٣) في (ج) « عشر » .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) مابين القوسين سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « ينعقد » .

(٧) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

(٨) مابين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .

- (الفصل الخامس)^(١) : في تضييع العارية وما يضمنه المستعير وما لا يضمنه .
 (الفصل السادس)^(٢) : في رد العارية .
 (الفصل السابع)^(٣) : في استرداد العارية وما يمنع من استردادها .
 (الفصل الثامن)^(٤) : في الاختلاف الواقع في هذا الباب .
 (الفصل التاسع)^(٥) : في المتفرقات [٦/٦٧/هـ] .

-
- (١) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
 (٢) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
 (٣) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
 (٤) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
 (٥) ما بين القوسين سقط من (ب) ، واكتفي بالترقيم بالأرقام .
 (٦) ما بين المعقوفين سقط من (ج) .

الفصل الأول

في بيان شرائط^(١) جواز العارية^(٢) وبيان نوعها وصفتها .

وأما^(٣) بيان شرائطها^(٤) فنقول : شرط جواز الإعارة كون العين قابلاً للانتفاع به^(٥) مع بقاء العين، وكونه^(٦) قابلاً لتمليك منفعه^(٧) بعوض بعقد الإجارة، حتى كان إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضاً؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء مع بقاء العين فتعذر العمل بحقيقة الإعارة في هذه الأشياء؛ لأن الإعارة شرعت [٢ / ٤٨٣ / أ] لتمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه ، فيجعل كناية عن عقد آخر، وأمكن جعله^(٨) كناية عن القرض؛ لأن العارية متى تحققت كان من حكمها رد العين والقرض يوجب أداء المثل قائماً مقام العين وهذا إذا حصل إعارة الدراهم والدنانير مطلقاً . أما إذا عين في الإعارة انتفاعاً^(٩) يتأتى مع بقاء العين لا يكون قرضاً بل يكون عارية ، وذلك نحو^(١٠) أن يعير من صيرفي^(١١) دراهم ليتجمل بها في حانوته أو ليعبر^(١٢) بها سنجاته ، ذكر هذه الزيادة

(١) في (ب) ، و (ج) « شرط » .

(٢) في (ج) « الإعارة » .

(٣) في (ب) ، و (ج) « أما » .

(٤) في (ب) ، و (ج) « شرطها » .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « وكون » .

(٧) في (ج) « بمنفعه » .

(٨) في (ب) « فعله » .

(٩) في (ب) « انتفاعها » .

(١٠) في (ج) « وذلك يجوز » .

(١١) الصيرفي : هو صراف الدراهم، والنقاد من المصارفة ، الذي يبدل نقداً بنقد، والجمع صيارفة

وصيارف .

المغرب ص (٢٦٦) ، والمصباح المنير (٣٣٨ / ١) ، ولسان العرب (١٩٠ / ٩) القاموس

المحيط ص (١٠٦٩) ، والمعجم الوسيط (٥١٣ / ١) .

شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية^(١)، ويجب أن يكون الحكم في إعارة جميع ما يكال أو يوزن هكذا^(٢).

قال^(٣) الفقيه أبو بكر: فيمن قال لآخر: أعرتك هذه القصعة^(٤) من الثريد^(٥) فأخذها وأكلها، فعليه مثلها أو قيمتها، بناء على ما قلنا: أن إعارة^(٦) ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض. قال الفقيه أبو الليث الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحة ونحوها^(٧).

وفي العيون: استعار^(٨) من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه، أو أجرة، فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بعارية؛ بل هو قرض، هذا إذا لم يقل: [لأردها]^(٩).

(١٢) في (ب) «وليعر».

(١٣) قال في القاموس: عَبَّرَ المتاع والدرهم: نظركم وزنها، وماهي، وفي المصباح المنير: عَبَّرْتُ الدرهم، واعتبرتها بمعنى، والاعتبار يكون بمعنى الاختبار والامتحان، مثل: اعتبرت الدرهم فوجدتها ألفاً. القاموس المحيط ص (٥٥٨، ٥٧٥)، والمصباح المنير (١/٣٩٠، ٣٩١).

(١) المبسوط (١١/١٤٤)، والفتاوى الهندية (٤/٣٦٣).

(٢) فتاوى النوازل ص ٢٢٠، واللباب (٢/٢٠٣)، والمبسوط (١١/١٤٤)، وتحفة الفقهاء (٣/١٧٧)، و بدائع الصنائع (٦/٢١٤)، والهداية (٣/٢٢٠).

(٣) في (ب)، و (ج) «وقال».

(٤) القصعة هي: الصَّخْفَةُ أو الوعاء الذي يؤكل فيه ويشرد، وكان يتخذ من الخشب غالباً، والجمع: قَصَعَات محرّكة، وقصاع.

لسان العرب (٨/٢٧٤)، والقاموس المحيط ص (٩٧١)، والمعجم الوسيط (٢/٧٤٠).

(٥) الثريد: فعيل بمعنى مفعول (مثرود) يقال: ثردت الخبز ثرداً فهو ثريد وهو أن تَفْتَهُ ثم تَبْلُهُ بمرق.

المصباح المنير (١/٨١)، ولسان العرب (٣/١٠٢)، والقاموس المحيط ص (٣٤٥).

(٦) في (ج) «الإعارة».

(٧) الفتاوى الهندية (٤/٣٦٣) عن الخلاصة.

(٨) سقط من (ج).

(٩) ما بين المعقوفين في (أ)، و (د) «لأردها»، وفي (ب) «ردها»، والتصويب من (ج).

عليك أما إذا قال : لأردها عليك . فهو عارية^(١) .

ويصح^(٢) الإعارة من غير بيان الوقت والمكان وما يحمل على الدابة؛ لأن جهالة هذه الأشياء في الإعارة لا يفضي^(٣) إلى منازعة مانعة^(٤) من التسليم ؛ لأنها لا توجب التسليم ، وعند ذلك للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها^(٥) .

وأما بيان نوعها : فهو نوعان : مطلقة ، ومؤقتة ، نحو أن يقول : في الإعارة شهراً ، أو يقول : إلى مكان كذا ، أو يقول : ليحمل عليها كذا ، ففيما كانت مطلقة يجب إجراؤها على إطلاقها ، وفيما^(٦) إذا^(٧) كانت مقيدة يجب رعاية القيد فيه^(٨) [كما في نصوص الشرع ، فإنها فيما أطلقت مجرة على إطلاقها ، وفيما قيدت تجب رعاية القيد فيه]^(٩) .
وأما بيان صفتها : فنقول : صفتها أنها غير لازمة ، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء ؛ لأن الإعارة تبرع بالمنفعة فلا يكون^(١٠) لازمة قبل قبضها كالتيبرع بالعين^(١١) ، وما لم يستوف من المنفعة في المستقبل لم يتصل بها القبض . ومن صفتها : أنها

(١) عيون المسائل (٢ / ٣٤٤) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٣) .

(٢) في (د) « وتصح » .

(٣) في (د) « لا تنضي » .

(٤) في (ج) « إلى المنازعة المانعة » .

(٥) فتاوى النوازل ص (٢٢٠) والتفت في الفتاوى (٢ / ٥٨٢) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢١٥) .

(٦) في (ج) « أو فيما » .

(٧) سقط من (ب) ، و (ج) .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) ما بين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ج) ، والتصويب من (ب) ، و (د) .

(١٠) في (د) « فلا تكون » .

(١١) سقط من (ب) .

ترتفع^(١) بمجرد^(٢) النسي، وتبطل^(٣) بموت أحدهما ، أيهما مات^(٤) ^(٥).

(١) في (ب) « يرتفع » .

(٢) في (جـ) « بمجرد » .

(٣) في (ب) « ويبطل » .

(٤) في (ب) « والله أعلم » .

(٥) المبسوط (١١ / ١٣٤) ، ونخفة الفقهاء (٣ / ١٧٨) .

الفصل الثاني

في الألفاظ التي تنعقد بها العارية

العارية تنعقد بلفظ التملك، حتى إن^(١) [٢ / ٥٨٨ / ج] من قال لغيره : ملكتك منفعة داري هذه شهراً، [٣ / ٢٨٩ / د] [أو قال^(٢) : جعلت لك سكنى داري^(٣) هذه شهراً كان عارية،] وكذلك إذا قال : داري لك سكنى كانت عارية^(٤)؛ لأن قوله : لك، يحتمل تملك العين وتمليك المنفعة، وقوله : سكنى، يكون تفسيراً لذلك المحتمل . وكذلك إذا قال : عمري سكنى، كانت عارية؛ لما قلنا^(٥) .

وإذا استعار من آخر أرضاً على أن يبني فيها ويسكنها^(٦) ما بدا له فإذا خرج فالبناء^(٧) لرب^(٨) الأرض، فهذا لا يكون عارية^(٩)، بل يكون إجارة فاسدة، وهذا لأن الإعارة تملك المنافع بغير عوض، ولما شرط البناء لرب الأرض، فقد شرط العوض وهذا هو^(١٠) معنى الإجارة، والعبرة للمعاني دون الألفاظ . ألا يرى^(١١) أن من قال لغيره : وهبتك^(١٢) هذه الدار بألف درهم، كان بيعاً، واعتبر المعنى دون اللفظ، كذا هنا^(١٣) (١٤)

(١) في (ب) « أين » .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج) .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين المعقوفين تكرر في (أ) .

(٥) خزانة الفقه (١ / ٢٦٢) ، واللباب شرح الكتاب (٢ / ٢٠١) .

(٦) في (ب) : « وسكنها » .

(٧) في (ب) « والبناء » .

(٨) في (ج) « لصاحب » .

(٩) في (ج) « إعارة » .

(١٠) سقط من (ب) .

(١١) في (د) « ترى » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « وهبت لك » .

(١٣) في (ج) ، و (د) « ههنا » .

الفصل الثالث

في التصرفات التي يملكها المستعير في الاستعار والتي لا يملك .

ليس للمستعير أن يؤاجر المستعار من غيره، وإذا أجره صار ضامناً، وكان الأجر له ويتصدق به في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وله أن يعير من غيره سواء كان شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به^(١) أو لا يتفاوت . [إذا كانت العارية^(٢) مطلقة ولم يشترط على المستعير أن ينتفع بنفسه .

فأما إذا شرط على المستعير أن ينتفع به^(٣) فله أن يعير فيما لا يتفاوت^(٤) الناس في الانتفاع به^(٥)، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به ، بيان هذا: إذا استعار من آخر ثوباً ليلبسه المستعير بنفسه أو دابة ليركبها المستعير بنفسه فليس^(٦) له أن يُلْبِسَ غيره وأن يُرْكَبَ غيره ؛لأنه شرط لبسه وركوبه، وهذا شرط [مفيد]^(٧) في حق المالك؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس والركوب . ولو استعار داراً لِيَسْكُنَهَا المستعير بنفسه فله أن يُسْكِنَهَا غيره، وإن شرط سكنى المستعير لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى . ولو استعار ثوباً للبس ، ولم يسم اللابس، أو استعار دابة للركوب ، ولم يسم الراكب ،[له^(٨)] أن يُلْبِسَ غيره ويُرْكَبَ غيره ؛عمالاً بإطلاق العقد،

(١٤) المبسوط (١١/١٤٣)، والفتاوى الهندية (٤/٣٦٤) .

(١) سقط من (ج) .

(٢) في (ج) «الإعارة» .

(٣) في (ج) «بنفسه» .

(٤) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٥) سقط من (ب) ، و(ج) .

(٦) في (ب) «وليس» .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و(د) «مفيد» . وفي (ب) غير منقوطة ، والتصويب من

(ج) .

(٨) ما بين المعقوفين في (أ) «فليس له» . ، والتصويب من (ب) ، و(ج) ، و(هـ) ،

وفي (د) شطب المصحح على كلمة: فليس .

فإن ألبس غيره في هذه الصورة أو أركب غيره ثم ركب بنفسه أو لبس بنفسه [أو ركب بنفسه ثم أركب غيره] ^(١) [بعد ذلك] ^(٢) ظاهر ما ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده أنه لا يضمن، ونص فخر الإسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير أنه يضمن ^(٣) وهل له أن يودع؟ اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم [٢ / ٦٤ / ب] : ليس له أن يودع، وإليه أشار في [٦ / ٦٨ / هـ] كتاب الوديعة ، فإنه قال ثمة : إذا رد المستعير الدابة على يد ^(٤) أجنبي، فضاعت، ضمن ، ولو ملك الإيداع لما ضمن [وإليه أشار في السير الكبير أيضاً في باب من يرخص له من الأدلاء وغيرهم] ^(٥) . وقال بعضهم : له أن يودع، وهو اختيار مشايخ العراق وبه أخذ الفقيه أبو الليث [والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الشهيد برهان الأئمة] ^(٦) ، وإليه أشار محمد في آخر عارية [٢ / ٤٨٤ / أ] الأصل . وما ذكر ^(٧) في كتاب الوديعة مؤول ^(٨) ، وتأويله : أن الإعارة قد انقطعت فبقي المستعير مودعاً ، والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق [ولكن هذا التأويل غير صحيح على ما هو موضوع المسألة في السير الكبير فينظر ثمة] ^(٩) ^(١٠) .

ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الديات في باب قبل باب الناحس : للمستعير أن

(١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٢) مابين المعقوفين سقط من (ب) ، و (ج)

(٣) فتاوى النوازل (ص ٢٢٠) ، والمبسوط (١١ / ١٤٠) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨٢) .

(٤) في (ب) ، و (ج) « يدي » .

(٥) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٦) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(٧) في (ج) « وهؤلاء قالوا : ماذكر » . وفي (د) « وماذكره » .

(٨) في (ب) ، و (ج) « يتأول » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٠) السير الكبير (٣ / ٩٩٢) ، والمسألة ليست في الباب المذكور ، وإنما في الباب الذي قبله ، وهو باب دفع الفرس باشتراط السهم . وانظر : المبسوط (١١ / ١١٤) ، و (١١ / ١٤٨) ، وبدائع

الصنائع (٦ / ٢١٥) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٤) .

يربط الدابة في الدار المستعار؛ لأن ذلك من جملة السكنى^(١) فيملكه المستعير كالمستأجر^(٢).

ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من وقعاته: أن من أعار رجلاً شيئاً، وقال له: أن لا تدفع^(٣) إلى غيرك، فدفعت فهلك عنده^(٤) فهو ضامن؛ لأنه^(٥) دفع بغير إذنه، هكذا قال^(٦) أبو جعفر. قال الصدر الشهيد: مراده^(٧) من هذه المسألة، مال لا يختلف^(٨) الناس في الانتفاع به. أما المال الذي يختلف الناس في الانتفاع به^(٩) يضمن بالدفع إلى غيره وإن لم يقل له المالك لا تدفع^(١٠) إلى غيرك^(١١).

وما ذكر الصدر الشهيد مستقيم^(١٢) فيما إذا كانت الإعارة^(١٣) مقيدة شرط على المستعير أن ينتفع [به]^(١٤) بنفسه^(١٥)، أما إذا كانت الإعارة مطلقة لا يضمن المستعير

(١) في (ب) « السكن » .

(٢) الفتاوى الهندية (٣٦٤/٤) .

(٣) في (ب) ، و (ج) « وقال له : لا تدفع » .

(٤) في (ب) « غيره » .

(٥) في (ب) « فإنه » .

(٦) في (ج) « قاله » .

(٧) في (ب) « مراده » .

(٨) في (ب) « قال : لا يختلف » . في (د) « ما لا يختلف » .

(٩) سقط من (ج) .

(١٠) في (ب) « لا يدفع » .

(١١) فتاوى النوازل (٢٢١)، ووقعات الصدر الشهيد اللوحة رقم ١٤٧، وعيون المسائل (٢ /

٣٤٦) .

(١٢) في (ب) « يستقيم » .

(١٣) في (ب) ، و (ج) « العارية » .

(١٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (ب) ، و (د) ، والتصويب من (ج) .

(١٥) سقط من (ب) .

بالدفع إلى غيره إذا لم يقل له المالك : لا تدفع إلى غيرك وإن كان ما لا يختلف الناس^(١) في الانتفاع به ، وقد ذكرت ذلك^(٢) في أول هذا الفصل . [والله أعلم]^(٣) .

(١) في (ب) « وإن كان لا يختلف الناس » .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من (ب) ، و (جـ) .

الفصل الرابع

في اختلاف^(١) المستعير .

استعار من آخر دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غير ذلك^(٢)، فهذه المسألة على أربعة أوجه :

الأول : أن يحمل عليها غير ما سماه المالك إلا أنه مثل ما سماه المالك في الضرر على الدابة من جنسه^(٣)، بأن استعار^(٤) ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم^(٥) من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره، وفي هذا الوجه لا ضمان عليه؛ لأن هذا التقييد لم يعتبر، إذ لا فائدة فيه .

الثاني : إذا خالف في الجنس؛ بأن استعار ليحمل عليها عشرة أقفزة^(٦) [حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة] ^(٧) شعير فهلكت، لا ضمان عليه استحساناً؛ لأن هذا أقل ضرراً بالدابة . فأمّا إذا حمل عليها أكثر من عشرة مخاتيم من الشعير^(٨) إلا أنه في الوزن مثل الحنطة^(٩) ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يضمن مطلقاً، وذكر شيخ الإسلام

(١) في (ج) « في خلاف » .

(٢) في (د) « غير لك » .

(٣) في (ب) « الأول : أن يحمل عليها شيئاً فحمل عليها ماسماها المالك والضرر على الدابة من جنسه » .

(٤) في (د) « استعاره » .

(٥) المخاتيم : جمع مختوم، والمختوم، وهو المكيال كالصاع ونحوه .

المغرب ص (١٣٨)، والقاموس المحيط ص (١٤٢٠)، والمعجم الوسيط (٢١٨) .

(٦) الأقفزة : جمع قفبز، وهومن المكايل : ثمانية مكايك، والقفبز من الأرض : قدر مئة وأربع وأربعين ذراعاً، ويجمع على أقْفَرَة، وقُفْران، وقيل : هومكيال تواضع الناس عليه .

المصباح المنير (٥١١/٢)، ولسان العرب (٣٩٥/٥)، والقاموس المحيط ص (٦٧٠) .

(٧) ما بين المعقوفين سقط من (ب) .

(٨) في (ب) « من شعير » .

(٩) في (ب) « مثل حنطة » .

الزاهد أنه لا يضمن استحسانا وهو الأصح ؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزناً ؛ لأنه لا يأخذ^(١) من موضع الحمل من الدابة أكثر مما يأخذه الحنطة ، فصار تلك^(٢) داخلا في الإذن .

الثالث : إذا خالف إلى ما هو أضر بالدابة بأن استعار ليحمل عليها حنطة فحمل^(٣) عليها آجراً ، أو حديداً ، أو لبناً^(٤) مثل وزن الحنطة فهو ضامن ، لأن هذا يأخذ من ظهر الدابة أقل فكان أدق^(٥) على الدابة فيكون أضر بالدابة .

وكذلك إذا حمل عليها في هذه الصورة قطناً ، أو تبناً ، أو حطباً ، أو تمراً ؛ لأن هذا يأخذ ما وراء موضع الحمل ، وذلك أضعف فيكون أضر بالدابة .

الرابع : أن يخالف في القدر ، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت الدابة ، وفي هذا الوجه يضمن ثلث قيمتها ، وهذا بخلاف ما لو استعار بغيراً^(٦) ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن [أحد]^(٧) عشر ؛ حيث يضمن جميع قيمة^(٨) الدابة ، وموضع الفرق^(٩) أول كتاب العارية في^(١٠) شرح شمس الأئمة السرخسي وهذا إذا كانت الدابة تطبق خمس عشر مختوما ، وإن^(١١)

(١) في (ج) « لأنه يأخذ » .

(٢) في (ج) « ذلك » .

(٣) حفظ يحمل .

(٤) اللبن هو : المضروب من الطين مربعاً للبناء ، ويقال فيه بالكسر وبكسرتين كإبل لغة ، وهو جمع اللبنة .

المصباح المنير (٥٤٨ / ٢) ، ولسان العرب (٣٧٥ / ١٣) ، والقاموس المحيط ص (١٥٨٦) .

(٥) في (ب) « أدب » .

(٦) في (ج) « وهذا بخلاف ما إذا استعار ثوراً » .

(٧) ما بين المعقوفين في (أ) ، و (د) « إحدى » .

(٨) في (د) « يضمن قيمة جميع ، وقد وضع علامة تدل على أن العبارة فيها تقديم وتأخير » .

(٩) في (ب) « القذف » .

(١٠) في (ب) ، و (ج) ، و (د) « من » .

(١١) في (ب) ، و (ج) « فإن » .

كانت لا تطيق^(١) يصير مُتلفاً لها فيضمن جميع قيمة الدابة^(٢) .
أخذ المستعير إلى^(٣) مكان آخر ضمن وإن كان^(٤) في المسافة مثل الطريق المشروطة^(٥)؛ لأن الطريق^(٦) متفاوتة في السهولة والصعوبة والخشونة^(٧) واللين فكان خلافاً إلى شر^(٨) .

استعار دابة ليركبها هو، فحمل عليها^(٩) مع نفسه رجلاً، وهلك الدابة، ضمن النصف، ولا يعتبر الثقل والخفة كما يعتبر في حق الأحمال، قالوا : وهذا إذا كانت الدابة تطيق^(١٠) حمل رجلين، فأما إذا كانت الدابة لا تطيق^(١١) حمل رجلين ضمن الكل^(١٢) .

إذا استعار من آخر دابة^(١٣) ليركبها إلى^(١٤) مكان معلوم فأخذ بها في طريق آخر فعطبت، هل يضمن؟ فهذا على وجهين : إن ذهب بها^(١٥) إلى ذلك المكان في طريق لا يسلكه الناس فهو ضامن وإن كان طريقاً مسلوكة لا يضمن، وذلك لأنه لما استعارها

(١) في (ب) « لا يطيق » .

(٢) المبسوط (١٣٧ / ١١ - ١٣٨) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٥) .

(٣) في (جـ) « في » .

(٤) في (جـ) « كانا » .

(٥) في (جـ) « المشروطة » .

(٦) في (جـ) « الطرق » .

(٧) في (جـ) « في الخشونة » .

(٨) المبسوط (٣٩ / ١١) ، وفتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨٣) .

(٩) سقط من (جـ) .

(١٠) في (ب) « يطيق » .

(١١) في (ب) « لا يطيق » .

(١٢) المبسوط (١٣٩ / ١١) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٤) .

(١٣) في (جـ) « إذا استعار الدابة من آخر » .

(١٤) في (ب) « أي » .

(١٥) في (ب) « لها » .

للذهاب إلى المكان المسمى ، ولا يمكنه الذهاب إليه إلا بطريق لا بد من إدخال الطريق تحت الإذن، فأدخلنا^(١) تحت الإذن الطريق المسلوك باعتبار العرف والعادة لا غير المسلوك . وإذا دخل^(٢) [تحته]^(٣) المسلوك صار كأنه نصّ على ذلك فقال اذهب إلى مكان كذا في طريق يسلكه الناس ، ولو نصّ على هذا إذا ذهب بها في طريق لا يسلكه الناس يصير ضامنا ، وإذا ذهب في طريق يسلكه الناس^(٤) لا يضمن، فكذا هذا . وفي فتاوى شمس^(٥) الإسلام محمود الأوزجندی إذا سلك طريقا ليس هو طريق الجادة^(٦)، وهو الذي يقال بالفارسية «بوبه»^(٧) يضمن^(٨) .

استعارها^(٩) ليركبها في حاجة مسماة إلى ناحية^(١٠) من نواحي الكوفة ، وأخرجها إلى الفرات ليسقيها^(١١) والناحية التي استعارها إليه من غير ذلك [٦ / ٦٩ هـ] المكان فهلكت فهو ضامن لها؛ لأنه أخرجها إلى ناحية لم يؤذن له في الإخراج إليها أصلا من غير

(١) في (د) « فأدخلنا » .

(٢) في (جـ) « أدخل » .

(٣) مابين المعقوفين في (أ) « تحت » ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (أ) زيادة هي : « ولونص على هذا إذا ذهب بها . ولعل العبارة مكررة مع مقابلتها فتكون وهما من الناسخ ، وكان العبارة قد شطب عليها من قبل الناسخ .

(٥) في (ب) « الشمس » .

(٦) طريق الجادة هو : الجادة هي سواء الطريق ، وقيل : معظمه ، وقيل : وسطه ، وقيل : هي الطريق الأعظم الذي يجمع الطرق ، ولا بد من المرور عليه ، والجمع : الجواد .

المصباح المنير (١ / ٩٢) ، ولسان العرب (٣ / ١٠٩) ، والقاموس المحيط ص (٣٤٧) .

(٧) كلمة فارسية معناها : المطروق من الطريق ، أو المرغوب منه .

(٨) المبسوط (١١ / ١٤٥) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٥) .

(٩) في (جـ) « استعار دابة » .

(١٠) الناحية : هي الجانب من كل شيء ، والجمع النواحي .

المصباح المنير (١ / ٥٩٦) ، ولسان العرب (١٥ / ٣١٣) ، والقاموس المحيط ص (١٧٢٤) .

(١١) في (ب) « العراة ليسقيها » .

ضرورة؛ لأنه يمكنه سقيها بالإخراج في الناحية التي أذن له بالسلوك^(١) فيها فيصير متعدياً ضامناً^(٢) .

استعار من آخر ثوراً ليكرب^(٣) أرضه وعَيْنَ الأرض، فكرب أرضاً [أخرى]^(٤) غير تلك الأرض وعطب الثور فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطاً مفيداً^(٥) لأن^(٦) الأراضي تتفاوت [٢/ ٤٨٥/ أ] كرابها من حيث الصعوبة والسهولة تفاوتاً فاحشاً^(٧) .

وإذا استعار دابة إلى مكان مسمى فجاوز المستعير ذلك المكان، ثم عاد إليه فهو ضامن لها حتى يردها على المالك، قيل: هذا إذا استعارها إلى ذلك المكان [٣/ ٢٩٠/ د] ذاهباً لاجئاً. وأما^(٨) إذا استعارها ذاهباً وجائياً فإذا عاد^(٩) إلى ذلك المكان المسمى يبرأ^(١٠) عن الضمان، وهذا لأنه [إذا]^(١١) استعار دابة ذاهباً^(١٢) لاجئاً فإذا بلغ ذلك المكان انتهى العقد فإذا جاوزه دخل العين في ضمانه فإذا عاد إليه فقد عاد إلى

(١) في (ج) « بالركوب » .

(٢) المبسوط (١١ / ١٤٨) ، . والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٥) .

(٣) الكرب : هو إثارة الأرض وقلبها للزرع ، من كرب الأرض يكربها كرباً وكرباً .

المصباح المنير (٢ / ٥٢٩) ، ولسان العرب (١ / ٧١٤) ، والقاموس المحيط ص (١٦٦) .

(٤) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، و (د) ، والتصويب من (ب) ، و (ج) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) في (ب) « لافيه » .

(٧) فتاوى قاضيخان (٣ / ٣٨٣) ، والفتاوى الهندية (٤ / ٣٦٥) .

(٨) في (ج) « فأما » .

(٩) في (ج) « أتى » .

(١٠) في (ب) « برأ » .

(١١) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(١٢) في (ب) « لأنه استعارها ذاهباً [وجائياً ، فإذا عاد إلى ذلك المكان المسمى يبرأ عن هذا ؛ لأنه

إذا استعار ذاهباً] . مابين المعقوفين مكرر مع ما قبله وقد نبه الناسخ إلى ذلك بوضع العبارة بين

قوسين صغيرين .

في (ج) « لأنه استعار ذاهباً » .

الوفاق] (والعقد ليس بباقي^(١) فلا يبرأ عن الضمان^(٢)) ألا ترى أن المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق^(٣) والعقد منتهى بأن كان مؤقتا^(٤) لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك فكذا ههنا^(٥) . وأما^(٦) إذا^(٧) استعار ذاهبا وجائيا فإذا عاد إلى ذلك المكان فقد عاد إلى الوفاق والعقد^(٨) باق [فيبرأ عن الضمان كالمودع إذا عاد إلى الوفاق والعقد باق^(٩)، فهذا القائل يسوي بين المودع وبين المستعير وبين المستأجر إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ويقول ببراءة الكل عن الضمان .

من^(١٠) المشايخ من قال في مسألة العارية لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها إلى^(١١) المالك سواء استعارها ذاهبا أو جائيا ، أو ذاهبا لا جائيا وهذا القائل يقول : بأن المستعير والمستأجر إذا خالفا ثم عادا^(١٢) إلى الوفاق لا يبرأ^(١٣) عن الضمان ، بخلاف المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ، والقول الأول أشبه . والتفصيل الذي ذكرنا في مسألة^(١٤) العارية مذكور في الشروط ، والنوادر ، وإليه أشار محمد في عارية الأصل ، وبه أخذ

(١) في (ب) « ينافي » .

(٢) مابين القوسين سقط من (ج) .

(٣) مابين المعقوفين سقط من (أ) ، والتصويب من باقي النسخ .

(٤) في (ب) « هوفا » .

(٥) في (ج) « فكذا هذا » .

(٦) في (ب) ، و (ج) « فاما » .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ج) « فالعقد » .

(٩) مابين المعقوفين سقط من (ب) .

(١٠) في (ج) « ومن » .

(١١) في (ج) « إن » .

(١٢) في (ب) ، و (ج) « عاد » .

(١٣) في (ج) « لا يبرءان » .

(١٤) في (ج) « المسألة » .

شيخ الإسلام خواهر زاده^(١) .

(١) المبسوط (١١ / ١٤٥) ، و بدائع الصنائع (٦ / ٢١٦) ، و فتاوى قاضى خان (٣ / ٣٨٨) .

