الجزء الثاني من شرح الشيخ الاكمل

كتاب البيوع ١
باب خيار الشرط ٣٧
باب خيار الرؤية ٤٣
باب
باب البيع الفاسد ٤٣
فصل في احكامه ٤٤
فصل فيما يكره ٤٥
فصل
باب المرابحة والتولية ٤٨
فصل وهذا اذا فصل ٤٩
باب التولية ٥٢
باب الاستحقاق ٥٩
فصل في بيع العصولي ٥
كتاب الوكالة ٨١
باب الوكالة بالبيع ٨١
باب الوكالة بالخصومة ٨
فصل
باب السلم ٥٣
كتاب الصرف ٦٤
كتاب الكفالة ٦٧
باب الكفالة بالرجلين ٨
فصل
فصل في القضاء بالمواريث ٩٧
باب التحكيم ٩٣
فصل ٩١
باب كتاب القاضي الى القاضي ٨٩
كتاب ادب القاضي ٨٤
فصل الحبس ٨٧
فصل في الشهادة على الاذان ١١٢
باب الاختلاف في الشهادة ١١٠
باب شهادة من لا تقبل ١٠٩
فصل ١٠٤
كتاب الشهادات ١٠١
فصل ١٠٠
فصل في الوكيل بشراء العبد ١٢٦
باب الوكالة بالبيع والشراء ١٢١
كتاب الرجوع عن الشهادة في الوكالة ١١٥
باب الشهادة على الشهادة ١١٣
فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ١٣٩
باب اليمين ١٣٦
كتاب الدعوى ١٣٥
باب ١٣٣
فصل في البيع ١٢٧
باب الوكالة بالخصومة والقبض ١٣٠
فصل ومن ١٦٠
باب القرار المريض ١٥٩
باب الاستثناء في البيع ١٥٦
كتاب الاقرار ١٥٤
باب الخلاف ١٤٠
فصل فيما لا يكون فصلا ١٤٤
باب مدعيه الرق ١٤٥
باب القضاء ١٦٢
كتاب الصلح ١٦١
فصل في الدور المشتركة ١٦٧
باب الصلح بالصلح والابراء ١٦٥
كتاب المضاربة ١٦٩
فصل في التجارة ١٦٨
كتاب الوديعة ١٧٦
فصل في الاختلاف ١٧٦
فصل اذا شرط المضارب ١٧٣
فصل في القول والبينة ١٧٣
كتاب الاجارات ١٨٠
فصل في الصدقة ١٨٧
باب الرجوع في ١٠
كتاب الهبة ١٨١
كتاب العارية ١٧٩
فصل من استاجر ١٩٠
باب الاجر متى يستحق ١٨٨

باب الاجارة الفاسدة ١٩٣ — باب ضمان الاجير ١٩٦ — باب الاجارة على احد الشرطين ١٩٨ — باب اجارة العبد ١٩٧ — باب الاختلاف ١٩٩
باب فسخ الاجارة ١٩٩ — كتاب المكاتب ٢٠٢ — فصل — مسائل منثورة — باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ٢٠٣ — فصل واذا ولدت المكاتبة
باب من يكاتب — باب كتابة العبد المشترك ٢٠٨ — باب موت المكاتب ٢١٠ — كتاب الولاء ٢١٢ — فصل في ولاء الموالاة ٢١٤ — كتاب الاكراه ٢١٤
كتاب الحجر ٢١٨ — باب الحجر ٢١٩ — فصل في حد البلوغ ٢٢١ — الحجر بسبب الدين ٢٢٢ — كتاب المأذون ٢٢٢ — كتاب الغصب ٢٢٩ — فصل فيما يتغير بعمل الغاصب
فصل في غصب ما لا يتقوم — كتاب الشفعة ٢٣٨ — باب طلب الشفعة والخصومة فيها — فصل في الاختلاف ٢٤١ — فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٢٤٢
باب ما تجب فيه الشفعة — باب ما يبطل به الشفعة ٢٤٥ — كتاب القسمة — فصل في كيفية القسمة — باب دعوى الغلط في القسمة ٢٥١ — فصل في المهايأة ٢٥٢
كتاب المزارعة ٢٥٣ — كتاب المساقاة ٢٥٦ — كتاب الذبائح ٢٥٧ — فصل فيما يحل اكله وما لا يحل — كتاب الاضحية — كتاب الكراهية ٢٦٢ — فصل في اللبس ٢٦٣
فصل في الوطء — فصل في الاستبراء وغيره ٢٦٥ — فصل في البيع ٢٦٦ — مسائل متفرقة — كتاب احياء الموات ٢٦٧ — فصل في المياه
فصل في كري الانهار — فصل في الدعوى ٢٦٩ — كتاب الاشربة — باب طبخ العصير — كتاب الصيد ٢٧٢ — فصل في الرمي ٢٧٣ — كتاب الرهن ٢٧٦
باب ما يجوز ارتهانه — فصل ومن رهن ٢٨٢ — باب الرهن ٢٨٣ — باب التصرف في الرهن — فصل ومن رهن ٢٨٧ — كتاب الجنايات ٢٨٨ — فصل
باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه — باب القصاص فيما دون النفس — فصل واذا اصطلح القاتل — فصل ومن قطع
باب الشهادة في القتل — باب في اعتبار حالة القتل ٢٩٧ — كتاب الديات — فصل فيما دون النفس ٢٩٩ — فصل في الشجاج — فصل في الاطراف ٣٠١
فصل في الجنين — فصل في الحائط المائل ٣٠٥ — باب جناية البهيمة — باب جناية المملوك ٣٠٨ — باب غصب العبد والمدبر والصبي ٣١٥
باب القسامة — كتاب المعاقل — كتاب الوصايا — باب الوصية — فصل في اعتبار حالة الوصية — باب العتق في المرض
باب الوصية للاقارب وغيرهم — باب الوصية بالسكنى — باب الوصي وما يملكه — فصل في الشهادة
كتاب الخنثى

٧٧

قوله النكاح عقد موضوع لملك المتعة العقد هو ربط اجزاء التصرف اي الايجاب والقبول شرعا لكن هنا اريد بالعقد الحاصل بالمصدر وهو الارتباط لان النكاح هو الايجاب والقبول مع ذلك الارتباط وانما قلنا هذا فان الشرع يعتبر الايجاب والقبول اركان عقد النكاح لا امورا خارجية كالشرائط ونحوها وقد ذكرت في شرح التنقيح في فصل النهي ان مثل البيع فان الشرع يحكم بان الايجاب والقبول يرتبطان ارتباطا حكميا فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري اثرا له فذلك المعنى هو البيع فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الايجاب والقبول مع ذلك الارتباط الشرعي لا ان البيع مجرد هذا المعنى الشرعي والايجاب والقبول آلة له كما توهم البعض لان كونهما اركانا ينافي ذلك ولا شك ان له عللا اربعا فالعلة الفاعلية العاقدان والمادية الايجاب والقبول والصورية الارتباط المذكور الذي يعتبر الشرع وجوده والغاية المصالح المتعلقة بالنكاح • صدر الشريعة •

اعلم ان قول المتبايعين بعت واشتريت مثلا يسميان ايجابا وقبولا فاذا ارتبطا ارتباطا حكميا على وجه اعتبره الشرع حصل بينهما معنى شرعي يكون ملك البدلين اثرا له صرح بذلك في شرح التنقيح وربما يعبر عن ذلك المعنى بقولهم مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي ويسمى بالنسبة الى البايع بيعا وبالنسبة الى المشتري شرى فان قلت اذا جعل الايجاب والقبول آلة لحصول البيع الذي هو المعنى الشرعي المذكور فما وجه ما قالوا من ان ركن البيع هو الايجاب والقبول والآلة لا تسمى ركنا قلت لما لم يكن في وسع العبد الا الايجاب والقبول وكان مآلهما في التحقيق الى المبادلة المذكورة اذ لا يخفى ان مآل بعت واشتريت بدلت بهذا بهذا وعكسه صح من هذا الوجه ان يطلق عليهما اسم الركن ولو بالنظر الى المتعاقدين او نقول ذلك المعنى الشرعي اوضح والايجاب والقبول امران ظاهران يدلان عليه فجعلا مناط الامر واقيما مقام ذلك المعنى الشرعي على ما عرف من قانون الشرع ولم يبال باطلاق اسم الركن عليهما بهذا الاعتبار وبالجملة كما يطلق لفظ البيع على ذلك المعنى الشرعي قد يطلق على نفس الايجاب والقبول المرتبطين ارتباطا شرعيا فالايجاب والقبول على الاول آلة واطلاق اسم الركن عليهما توسع وعلى الثاني لا توسع في اطلاق اسم الركن واما التوسع في اطلاق لفظ البيع عليهما وقوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول ان حمل على الاول وهو الظاهر فمعنى الآلية المستفادة من الباء ظاهر واما الخفاء في تحقق الانعقاد والارتباط الحكمي في ذلك المعنى الشرعي وذلك المعنى تصرف ثبت من الشرع اقتضاء تصحيحا لقول العاقدين بعت واشتريت معتبر بالنسبة الى العاقدين وهو المبادلة المالية المشتركة بينهما فيمكن ان يتصور ارتباط خصوص تصرف احد العاقدين بخصوص تصرف الآخر ليحصل بينهما مبادلة مشتركة يسمى عقد البيع بالنسبة الى البايع وعقد الشرى بالنسبة الى المشتري او نقول ان ذلك بحسب الارتباط الذي بين الايجاب والقبول الظاهرين الدالين عليه القائمين مقامه وبالجملة انما عبر عن معنى الحصول والتحقق بالانعقاد ايماء الى ان حصوله انما هو بسبب ذلك الارتباط الحكمي والانعقاد الشرعي المتصور بين الايجاب والقبول • والله يقول الحق وهو يهدي السبيل

للحبر النحرير ... ونضر وجهه في الدارين

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشيء وباعه منه ولاشتماله على الانواع الآتي ذكرها جمع وجوازه ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره احد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في الشرح وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه مالكا لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيار بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها **قال** البيع ينعقد بالايجاب والقبول والانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل سمي كلامه قبولا ولا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به من اقرب كلام الشيخ ولا بن من شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر **قال** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو اما ان يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لا يقال بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية فلا ينعقد به تمام من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو الغير لا للارادة للحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة يحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول عند الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية وقوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد تقدم الفرق هناك وهو ان قال الزوج توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح **قال** وبقوله رضيت او اعطيتك من البيان ان انعقاد البيع لا يختص بلفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذ يعني بعت بذلك فخذ لا انه امر بالاخذ بالبدل لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه اي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي رحمه الله البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل واشباهه لان محمدا رحمه الله اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه **قال** واذا اوجب احدهما فاذا قال البائع بعت هذا منك بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رده وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف ولو كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير متحقق في ذلك فان حق التملك يثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت عن المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه وقوله وانما يتعين الخيار في المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس وهلا يبطل الايجاب عقيبه لفوات القبول او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على يمين

من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيما على ما وراء المجلس قال
والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف
فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة
اشتريت وقبلت ثم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة
بالكتاب تارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فيقبل كلامه اليه قال
ليس لمن يقبل في بعض المبيع يعني اذا وجب البايع البيع في شيئين فضاعدا وارد المشتري قبول العقد في احدهما غير
فان كانت الصفقة واحدة ليس لذلك لتضرر البايع بتفريق الصفقة عليه لان العاقد فيما بين الناس انما يرضى بالجيد
المالدري في البياعات وينقص عن ثمن الجيد لئن يبيع الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما قبل الباقي
العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البايع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبايع لا محالة ومن التعليل في الصورة
الموضوعة صحيح واما اذا وصفت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل البايع في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه
ان يقال تتضرر البايع بسبب الشركة فان قيل فارضي البايع في المجلس هل يصح اولا اجيب بان العقود في قال
انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف ايجاب لا قبول وهو رضي البايع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا
كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيز بن باعهما بعشرة لان الثمن يقسم
عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة واما اذا اضاف العقد الى عبدين او باعهما من رجلين صح العقد بقبول
احدهما وان رضي البايع لانه يلزم تبعيض الصفقة على البايع وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فلذلك
لاستواء الضرر على البايع والمبيعات قد يقبل قوله الا اذا بين ثم كل واحد لانها صفقتان معنى والصفقة ضرب اليد على
اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبايع ومشتر وبيع وشراء و
باتحاد بعض من الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فان اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا
اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتها بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان
قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والآخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة واتحاد الجميع سوى البايع
كما قال ابعنا منك من بايعك فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كما قال بعت منكما عبدي
فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا
تفرقها بتكرير لفظ الشراء من كل قياسا واستحسانا واما اذا تعدد البايع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ
البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل
لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل
الايجاب هذا متصل بقوله لان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى
دلالة فالصريح دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان الموجب للرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل
الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وهنا لو قال بعد القيام قبلت وجعل الصريح فيتم حجة على
الدلالة اجيب بان الصريح اذا وجد بعمل عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع والمرفوض

لو اصر على العاقدين الخيار الآخر عيب وعدم رؤية خلافا لمالك ففي رحمه الله فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على
معنى ان لكل العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله
عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان واجاب في الصحيح ابطال
حق الآخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك
ان الاصل ثلث قبل قولها وبعد قولها وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز
باعتبار ما يؤول اليه واما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان
احدهما مراد والآخر محتمل للارادة لانه قال العقود الشرعية في حكم المحرم فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما ان
الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام ومن التاويل منقول عن ابن سيرين النخعي
وقوله والتفرق يعرف الاقوال جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم
قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليهما مجازا فما وجه ترجيح مجازكم
على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سايغ شايع فصار بسبب كثرة الاستعمال
فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الآية وقال تعالى لا نفرق بين احد من رسله والمراد
التفرق في الاعتقاد وقال عليه السلام ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد وفيه
نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه وكان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب يوسف ومحمد لا على مذهب
ابي حنيفة رضي الله عنهم فالحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق
بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع
بفساده ومن امعن في قوله مالك ليس لهذا الحديث حد معروف او قوله التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك
اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال باذكرنا فمن حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة ومن التاويل اعني حمل
التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن قال والاعراض اشارة اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها الاحوال
اشارة اليها عينا كانت او ثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان الاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة
المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فاز جهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة
لوجود ما هو اقوى منها في التعريف وكون التقابض باطرافه في البيع بخلاف السلم على ما سياتي ومن اعتاض يتقوم اذا كان
الاعواض ربوية اما اذا كانت جهالة المقدار غير مانعة الصحة لاحتمال الربوا واما لم يقصد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق
بالربوا ومن الباب ليس لبيانه قال والاثمان المطلقة لا تنصرف الا الى نقد البلد الغالب وهو معروفة المقدار والصفة والاثمان
المطلقة عن الاشارة لا تنصرف بها العقد الا الى نقود معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة كونه بخاريا او سمرقنديا لان
التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يثبت حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يثبت بها ومن
الجهالة مفضية الى النزاع فيمتنع التسليم ويفوت الغرض المطلوب بالبيع قال ويجوز البيع بثمن حال قال
الكرخي في البيع ما يتعين في العقد والثمن لا يتعين وهذا على مذهبه فان الدراهم لا تتعين عند القاضي في البيع وهو
ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة فلا يتعين الا بالقبض وهو متقوض بالمسلم فيه

بينهما

المنازعة

شتراك

فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وتعجيل المبيع مما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه
انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وتقسيمه كل منهما الى
محض ومتردد فالمبيع المحض من الاعيان التي ليست من ذوات الامثال او الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى
اجل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونها ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن
المحض ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها
مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها واثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها اعين
وهي معينة فهي مبيعة واثمان لان البيع لابد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الآخر فيجعل كل واحد مبيعا
وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت منك هذا العبد بكر
حنطة ووصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا يصح الا
سلما بشروطه هذا محض كلامهم في هذا الموضع وقوله الاعيان ثلثة نقود كالدراهم والدنانير وسلع كالثياب
والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين
يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء
وعدمه قال والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولما روي انه صلى الله عليه
وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لابد ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب
بالعقد من التسليم والتسلم فربما يطالب البايع في مدة قريبة والمشتري يؤخره الى بعيدها قال ومن اطلق
الثمن كان على غالب نقد البلد يعني اذا اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا
او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا
الا ان يبين احدها واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المنصوصة في هذه المسئلة اجمالا لان [...]
على متن الكتاب حلا لالفاظه اني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة
فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شيء منهما
بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما
في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك
لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة
يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي اذا فرض تساويهما في الرواج فالبيع
فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدها في المجلس وقوله
او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون
احدها اروج اعم من ان يكون مع الاختلاف في المالية او مع الاستواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اي فساد البيع
اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي
وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصرتي اليوم بسمرقند فانه [؟]

بخارا والاختلاف بين الغطارفة والعدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدراهم غطريفيا وكل منها مختلف في المالية مع
التساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيها اي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع
وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتاخرون من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به
من المقدار كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تعيين نوع معين لانه لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف
في المالية وظهر من هذا التقرير كلام الشيخ فانه فصل بين قوليه اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي
بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي قوله
جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي تمثيلا متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان
ثلثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن ان يكون في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم
قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسياتي في الوكالة
وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص واشباههما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلاف جنسه وكذا
بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا عند اختلاف جنسه لقوله
عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لا دلالة في الحديث على عدم جواز البيع عند اتفاق
النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم
وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من
احتمال الربو قال ويجوز باناء بعينه اذا باع الطعام او الحبوب بالاناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره
جاز لان الجهالة المانعة تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع معجل فيندر هلاك كل منهما اي الاناء
والحجر قبل التسليم قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ياخذ ايهم شاء ويرد
الباقي او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل واجيب بانه ليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية
الى النزاع مفسدة للعقد ومن لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لابد ان تكون الجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا
لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي يوسف ان الجواز فيما
اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه
لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذلك الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان
يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيره المعقود عليه
من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الغرض عدم المجازفة والمكيال الذي لم يعلم قدره لم يتم شيء من الوجهين والاول اصح
يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتم عن المجازفة واظهر يعني من حيث الرواية قال ومن باع صبرة
طعام اذا قال البايع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فانه ان علم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل
في المجلس او لا فان كان الاول فالبيع جائز في المبيع جملة بالاتفاق وان كان الثاني فالبيع في قفيز واحد عند ابي
حنيفة وفي جملة القفزان كالاول عندهما لان ابا حنيفة رحمه الله صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة

تفضي إلى المنازعة لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولاً والثمن غير معلوم فيقع النزاع وإذا تعذر الصرف إلى الكل يصرف إلى الأقل
وهو معلوم إلا أن يزول الجهالة في المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فإن قيل لما
انعقد فاسداً لكن ينقلب جائزاً لما ذكرتم فليس كالبيع بالأجل المجهول وشرط الخيار أربعة أيام أجيب بأن الفساد في صلب العقد
قوي يمنع من الانقلاب ويتعين بالمجلس وما ذكرتم من الفساد فليس في صلب العقد بل لأمر عارض فلا يتعين بالمجلس لضعفه نظيره
أثر في اليوم الرابع وباستبداد الأجل وتمامه أن يمنع جهالة الثمن إن أثبتها في البين بهما وما كان كذلك فهو غير مانع أما أن إزالتها بأيديهما
فلأنهما أن يقع بكيل كل منهما وقيد بقوله بينهما احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز لأن إزالتها ليس بيد البائع إن كان من الرقم
أو بيد الغير إن كان الرقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالتها وأما أن كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما إذا باع عبداً
من عبدين على أن المشتري بالخيار وأجيب لأبي حنيفة بأن القياس فيه الفساد أيضاً إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص وهو معنا
أنه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتاً بدلالة النص ولا استحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره فلأن لم يجز فيما نحن
فيه قياساً واستحساناً ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع
لأن التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكن جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضياً به وقيل يصح إذا علمها
ولم يسم وأما إذا لم يعلم بها فالوجه أنه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فله الخيار وفيه بحث أما أولاً فلأن تفريق
الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فإنه إذا باع الرجلان عبداً مشتركاً بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمس
مائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار
وأما ثانياً فلأن قياس قول أبي حنيفة أن لا يتخير المشتري للزوم انصراف البيع إلى الواحد بعلمه كما لو اشترى قفيزاً من صبرة
فإنه لا خيار له في الثمن لعلمه بأن البيع ينصرف إليه والحاصل أن الخيار موجب التفريق إنما يتحقق أن لو كان العقد وارداً على
الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الأول أنا لا نسلم تفريق الصفقة
لأن الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً وإنما وقع على نصيب شريكه لا غير لأن في وقوعه على نصيبه بدءاً
شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وإنه لا يجوز فصار كأن اشترى ثم تبين وعن الثاني أن البيع ينصرف إلى الثمن فقط لأن
الذي لا يقبل النقل فلا خيار له في الفرع الثاني بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام
المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وإن لم يلزم على قول أبي حنيفة وفيه ضعيف لأن قولهما إن الكل
مبيع ثم أين التفريق والأولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لأن الصيغة موضوعة للكل وقد قصد
أيضاً الكل ثم وإنما منع مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر
الكل لجهالته فصرف العقد إلى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة إلا ذلك ثم بقي
أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعاً وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عند قوله وكذا
إذا كيل في المجلس أو سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بد له من التعليل بما قال لأنه علم ذلك الآن فربما
كان في حسبانه وظنه أن الصبرة يأتي بمقدار ما يحتاج إليه فزادت ولم يبلغ الثمن ما يقابله ولم يكن أخذ الزائد مجاناً
وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وسيلزمه ولا فصار كأنه إذا رآه
ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع

عند أبي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات إلا أن التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك
جهالة تفضي إلى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات إذا بيعت مذارعة حكم الغنم إذا لم يسم جملة الذرعان
وجملة الثمن وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعتك
هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الأولى فظ
وأما الثانية فلأن المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلأنه لما سمى
لكل ذراع درهماً وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوماً وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والأواني وعندهما
فهو جائز في الكل لما قلنا قال ومن ابتاع صبرة إذا اشترى صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم
فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فإن كان الأول فذاك وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود
بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وإن كان الثالث فالزائد للبائع لأن
البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول إلا إذا كان وصفاً والقدر [illegible]
على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه لأن الصفقة على حق وكذا قبض المشتري
وكان كل من المتعاقدين مخيراً فيها إن شاء باعها أو تركها وإن كان المشتري عن ذرع كما إذا اشترى ثوباً على أنه عشرة
أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين
تركه لأن الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله
شيء من الثمن أما أنه وصف فقد بينه بقوله ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض وأما أن الوصف
لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كأطراف الحيوان فإن من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم
لا ينقص من الثمن شيء فهذا أي فلكون الذرع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الأول
يعني المكيل لأن المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن ولهذا يأخذه بحصته وقوله إلا أنه يتخير استثناء من قوله يأخذه بكل
الثمن وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذراع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لأنه وصف تابع للمبيع لا يقابله
شيء فصار كما إذا باع عبداً على أنه أعمى فإذا هو بصير واعلم أن هذه المسألة من أشكل مسائل الفقه وقد منع من كون
الذرع في المذروعات وصفاً والاستدلال بقوله ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لأنه كما يجوز
أن يقال شيء طويل أو عريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أذرع أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد
وصفاً دون العشرة وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف وقد اختلفت عباراتهم في ذلك فقال
بعضهم ما تعيب بالتبعيض فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما
لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي
بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع
يتعيب وعشرة أقفزة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما
إذا قال اشتريت منك الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أقفزة وأما الذراع الواحد من الثوب والدار إذا
انتقص فإن الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فإن الثوب العتابي مثلاً إذا كان خمسة

عشر ذراعًا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا وإذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة
من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل
سلمنا ان الذراع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان
العيب كمن اشترى عبدًا واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لكونه
تحت الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول
كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع
بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب والمذروع
كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم يكن من هذه المسألة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة
ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا
لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا
كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع
بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسألة
الاولى بان الذراع لو لم يكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسألة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة
عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد واجيب بان الذراع اصل من وجه من حيث انه
اجزاء العين التي هي مبيعة وصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسمة
على الافراد عند ترك كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فعملنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند
عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال
اذا لم يرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف انما يصير اصلا اذا كان
مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له
الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة
فلما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع
ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجده اكثر واقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجدت تسعة
او تسعة على ما يأتي واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا
باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وهذا خلط في
تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة تفضي الى المنازعة والذرعان
ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لم يدخل كان بايعا بعض الثوب وفيه البيع فحكمنا بالدخول
تحريا في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك **قال** ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار
او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع
وشراء عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في كونها عشرًا

فتخصيص الجواز بما سماه تحكم ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها واريد بها ههنا ما يحله تسمية
مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك
فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم ان العشرة
في اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه اسم علي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون شائعا
الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما
وليس لصاحب الكثير ان يمنع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة
الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من مائة ذراع من هذه الدار وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار ولم يذكر
ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة عن الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان
واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسألة نظير ما اذا باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه
معلوما فانه يجوز عنده **قال** ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقدار ومنه
عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع
الزائد يرد بحكم العقد فيحتاج والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط
حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدرى انه كان جيدا او وسطا او رديا وحينئذ لا يدرى قيمته
حتى يسقط فكانت جهالتها تجعل جهالة الباقي في الثمن فلا يشك في فساده ولو بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز
البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقد
ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان ايضا
لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر
وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في العبد خلافا لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد في
الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والآخر مروي فالبيع فاسد في الهروي
والمروي جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الهروي ووجه الاستدلال ان الفائت في مسألة الجامع الصفة لا الاصل
الشيء فلما كان فوات الصفة في احد البدلين مفسدا للعقد على ما نسبه ففوات الاصل اولى نعم قال الشيخ
وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يصير الباقي وفرق بين هذه المسألة ومسألة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي
شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير داخل في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهنا لا
ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط
ولكنه غلط في العدد والهروي بفتح الراء والمروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان **قال** ولو اشترى ثوبا واحدا
اي اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة في الفصل الاول اي في الزيادة اخذ
بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف اذا زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد
اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم فمن ضرورته ذلك مقابلة نصف الذراع
بنصف الدرهم فيجري عليه حكم التجزئة وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع

ولابي يوسف رحمه الله انه باعتبار البدل صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء
من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما
اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما فزال ما اوجب كونه اصلا فعاد
الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجانا وقيل هذا في الاول
التي في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية واما في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا تسلم
الزيادة له لانه في التفصيل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا
باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها **فصل** مسائل هذا الفصل مبنية
على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع
اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس
باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول
العرصة والبناء في العرف لا يقال لا نسلم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما
تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا تعتبر بها كما تقدم والبناء ليس بداع
الى اليمين فلم يعتبر به حيث لا يحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل بها اي بالارض على تاويل المكان اتصال قرار فيكون
تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء
ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل
بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور لان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام
قال ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع الا ان يقول المشتري اشتريتها بثمرتها لقوله عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل
لا يدخل لان المقصود ارض فيها نخل عليه ثمر فقال صلى الله عليه وسلم الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان
الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع اشارة الى الاعتبار الثاني في الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين خلقة او موضوعا وقال
للبائع سلم المبيع فارغا الوجوب عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع **قال** الشافعي
رحمه الله يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي المعتاد ان لا يقطع وكما
على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى
البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك اذا لم يعارضه ما يسقطه وقد
عارضه لانا الرضا بذلك وهي انه اقدم على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا **قال**
هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه تقديره التسليم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولم يترك
الا باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك للمنافاة ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال
له قيمة او لم يكن في كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح ان بيعه منفردا
يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار وقوله واما اذا بيعت الارض

لان المعقود عليه ارض

معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا تدخل في البيع وان لم تكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم
ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما
اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم تصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل
وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ فكان وصحح بعض الشارحين بتشديد النون وهذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه
يعني من جوز بيعه قبل ان تناوله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا للغير ومن لم يجوز جعله تابعا مشفر البعير شفته والجمع مشافر
والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قال** ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة
والشجرة المثمرة اربعة الاول بعت الارض او الشجرة ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها او
بمرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها او
من حقوقها او مرافقها ففي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق و
الشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم
اللفظ هذا اذا كان في الارض وعلى الشجر واما اذا كانت الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به
قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها جاز بيع الثمر على الشجر لا يخلو اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني
جائز بعد صلاحها والصلاح ههنا الانتفاع بني آدم او علف الدواب وقبله لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان
الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده رحمهما الله ان البيع قبل ان ينتفع
لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه وان البيع يختص بالمتقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس
كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاولى فلما اشار اليه محمد في باب العشر لو باع الثمار في اول ما
يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا لما وجب العشر على المشتري
واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق
والجواب عن الحديث انه مؤول بما اذا باعه بشرط الترك وان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم
ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها
او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع **قال** وهذا اشارة الى
الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا قال اشتريتها على ان اتركها على النخل ففسد البيع لانه
شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه وهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل
تشغل ملك الغير او انه في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون
باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقتان لو جاز بيع
اعارة الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم هو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة
فتلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم يتناه عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا
البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض والشجر

والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى
الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته
بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لانه انما حصل بجهة محظورة وهي حصوله بقوة
الارض المغصوبة وان تركها بعدما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال الثمرة التي النضج لا تحقق زيادة
في الجسم فان الثمرة اذا صادفت بعد المتناهي لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب
تعطيها الطعم ولو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له
الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك
لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما يتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما نذكر
واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي
بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه
هو الذي لا يتحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام
ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة التوقيت لادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر ويتاخر للبرد
والفاسد له تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا للشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن واذا انتفى الاذن
كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت من الترك
ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن التسليم لتعذر التمييز وان
كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحصلت في ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط
والقول في مقدار الزيادة قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة
الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه
كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط ان يكون الخارج اكثر وكذا
في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اي
الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي
انما يجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لامكان دفعها ببيع الاصول
قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله ولم يبين انه اراد به
التمر على رؤس النخيل او تمرا مجذوذا فذكر في بعض فوايد هذا الكتاب ان المراد ما كان على النخيل واما بيع المجذوذ فجائز
وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال ولو باع التمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم
كما اذا كان التمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز البيع وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء ويستدل
بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا
استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال المصنف قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي

واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة و
واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من التمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو ردي
التمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون التمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله
في المضاربة لهذا المعنى وعورض بان ما ذكر من الدليل منقوض بما لو باع قطيعا الا شاة بقوله الا ارطالا معلومة وقد يرد بانه لو كان المستثنى صاعا
واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي صحة
العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم ولكن ذلك ليس
بشرط الا اذا باع موازنة ولئن سلمنا ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم بالمشاهدة واما الثاني
فلانه يكون من استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بانه مبني على اعتبار الحال وهو في الحال لا يدري
هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال
المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية
صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز
من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه من بيع اطراف الحيوان
فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى
متصورا معلوما وايراد العقد يقتضي كون المعقود عليه متصورا معلوما فتشاركا في القصر والعلم فما جاز ان يقع معقودا
عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع
الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز ايراد العقد عليه وكذا لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها
بغير عينها بما يخصها من الثمن فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز ايراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز
ايراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني
والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة وقيل
ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بما يخصها فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع
الغنم كله على ان لي من الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى واجيب
بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه تكلم بالباقي بعد الثنيا ولم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن ايراده اخراجا
بحصتها من الثمن فلا يؤدي الى التفريق واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة
فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره
لم يصح قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو
والجواب ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يتبين انه الى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون
البيع في الباقي مجازفة فيعيد لاحتياج المجازفة تميز المبيع قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه
لا يجوز الا في مثل الحنطة والباقلاء والارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق
في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد لان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه والعقد في مثله لا يصح كما اذا

تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي
وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم
الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كالحب عن
قوله منتفع به المنفعة له وتقييد لا لانه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشره حب منتفع به ويؤكل الفول منه
بذلك والحب المكنوز تدخره في قشره قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا يحل فجاز البيع كبيع الشعير بجنسه
كونهما مال متقوم منتفع بها وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف
جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في سنبله فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا
وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفا اجيب بان الحب في
السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر
اليه اشار ابو يوسف قال ومن باع دارا الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا
دخل في البيع اغلاقها بناء على ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء و
المفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك
الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع
الدار فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل فيه وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن
الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو
انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان
والسلم الذي لا يتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل والذي لم يتصل لا يدخل قال واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع
المكيل مكايلة او الموزون موازنة والمعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم
واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم
عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه
انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده وجه
الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فكان عليه وهو الصحيح
الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة
بيع السلعة بثمن اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم
دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا
لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع
ليتمكن من قبضه وان كان الثاني قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع والله اعلم بحقيقة
الاحوال

باب خيار الشرط

خيار الشرط جانب البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم وقدم اللازم لان الخيار فيه بعد
وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات
لانه يمنع ابتداء الحكم وخيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم وخيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم
دون السبب لانه من جهة ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاء به النص تقدر بقدر العمل به فاظهرنا عمله
في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع
فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو
ان يقول على اني بالخيار ثلثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند
ابي حنيفة رحمه الله وزفر والشافعي جائز عند ابي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرطا
الخيار لغيرهما وجه قول ابي حنيفة في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لامة اصابته
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام والخلابة الخداع ووجه
الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه
بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو
المشتري فكما عدي ثم في ذلك الخيار فليتعد في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة
ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر فيه يتمكن
بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين
ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار
كالتاجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية
حال ابن عمر رضي الله عنه سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية
والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا في الراس
فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل ان المعنى ينفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرر ابين
وقد يتعذر والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب
وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا
يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر
على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لزفر فتامل فيه فزفر يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا
والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل
خمر ثم اسقط الدرهم الزائد او ابطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح
الخامسة ولابي حنيفة رضي الله عنه انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء
على قول ابي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب
اهل خراسان والسيد الامام شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد قوله لانه اسقط المفسد
قبل تقرره اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر
على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان فساد العقد ليس

فاسد العقد لا اتفاق فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا ازال المفسد عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم
البايع على الثوب علامة كالكتابة يعلم بها الدلال وغيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك ثم اذا قال بعتك هذا الثوب برقمه
وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق قوله في
ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال
اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل
ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن قال ولو اشترى على انه
ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع
او قال على انه ان لم ينقد الثمن ايام فلا بيع وهما فاسدان او على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند ثلثة م
علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد
واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف المقتضى فاشتراط
فاسدها اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه لان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة لان الحاجة مست الى الانفساخ
عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لان من له الخيار
لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق الى ما هو
المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزايد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل
الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا
من غير خلاف فيه واجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا بحضرة الآخر وعسى
يتغيب فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة واجازه ابو يوسف ومحمد
اما ابو حنيفة فقد مر على اصله في الملحق به ونفي الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المص وابو يوسف
اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجه لطيف ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا
قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه
تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه
والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلثة ايام بالاثر وهو ما روي ان ابن عمر باع ناقة
لرجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزايد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي
عدم الجواز ثم قوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه قال وخيار البايع يمنع خروج المبيع
عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبايع فالمبيع لا يخرج عن
ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البايع والثمن لا يخرج
عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البايع والمشتري بالاتفاق واذا خرج المبيع عن
ملك البايع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبايع فيه خلاف قال ابو حنيفة لا يدخل وقالا
يدخل والدليل على خروج المبيع عن ملك البايع في الصورة الاولى فلما ذكر من قوله لانه لا يتم مع السبب الا بالعلة

على الشلف وكذلك محمد رحمه الله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة منه

بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما فيمنع
ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع
فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى وهو يقول قبض ملك البايع باذنه
فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار في
حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات
بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء
وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول عنها الى الثمن عند تمام الرضاء ولم يوجد حين
شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزم الثمن لا القيمة لبطلان الخيار
اذ ذاك وتمام الرضاء ولو هلك المبيع في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن
الخيار قيل وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان
الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له
دون الآخر واما ان البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له فذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
لما لم يخرج الثمن عن ملكه لو دخل المبيع لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة
تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان
مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا
فيه ولا يدخل عنده ايضا لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به
في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك
المشتري واجيب بان كلامنا في التجارات وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ويرجح
قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان غير ملائم له
بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فيعود على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي في يد
المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم ان تعيب
لا يرتفع كان قطعت يده اما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة لكنه ينفسخ بعد الارتفاع
واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما ذكرنا ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري
اذا كان الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب
في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد
لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبايع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبايع ولو
فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة قال ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم
ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى
هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لا يملكها وان وطيها له ان يردها لان الوطي لم يكن بالملك

حتى يسقط الخيار اما اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطي ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطيها له ان يردها معناه
اذا لم ينقصها الوطي واما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعند هما يفسد النكاح وان وطيها
لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطيها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظاير في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق
المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر
فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط
كالمرسل عنده ولو انشاء العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان يجزئ عن
الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة واجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى التخلص
عن الكفارة بعد انتحاقه بالجزئية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه بحث لان الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك
ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لم يجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء عنده
خلافا لهما ولو ردها على البائع لم يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل القبض
لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا
واجمعوا في البيع البات ينفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا
واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لان ام ولد اصلا ولا يليق ان
يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او بعده ويكون المشتري الامة التي كانت منكوحته
وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان
قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له
في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى هذا التاويل لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ
وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط
لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع
ثم اودعه عنده فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح
لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت
الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة
بقي خياره لان تملكه المبيع لم يكن الرد امتناعا عن التملك والماذون له يلي ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما
ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله فان قلت ان كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه
فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسانا لحصوله بعد وجود
سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عنده وعندهما بطل الخيار والبيع
ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع
لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فاذا اختار المشتري صار له وان رده صارت الخمر للبائع وحكم الاسلام انه
يتملك الخمر حكما قال ومن شرط له الخيار فانه ينفسخ في المدة بهذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي ان شرط

الخيار

الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلثة اشياء بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث
كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبان تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد
المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد
يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية
فوطيها او قبلها او يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء
في ذلك حضور الاخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول
وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الاخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه لا يجوز
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه
وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه احد شطري العقد على الاخر واوضح ذلك بعدم
اشتراط الرضاء وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غايبا لانه مسلط من جهته ولهما
ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد
تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن ولا اخفاء في كونه ضررا واما اذا
كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى
والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الاخر فاسد لعدم الفارق
وهو الالزام ولا غرابة في تسلطه من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول لانه مشروع كالتمليك
من غير المالك وعدم اشتراط الرضاء لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبني الالزام على العلم لا على الرضاء وكونه لا يتمكن
في الابتداء من الالزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه
لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار حتى تمضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي
من حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر ابتداء من غير رضى به فاذا فات
المجموع او بعضه في بعض الصور لم يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير
الفاعل الالزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الخلع عن الرابة
ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى
يكون الرجعة الزاما مرضيا لنا لانه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من حق المراة والنعم فاستدامته بالرجعة لا تكون
ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه
او بانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو رأى ضررا لما اقدم عليه او لانه غير ابتداء بل على موجب التخيير ولا ما قيل
اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير ابتداء بل على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي
به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رد عقد الفضولي يلزم العاقد بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع
عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع
نصا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه ابتداء على موجب خيار الشرط وهو الرضا والاجازة ومن عنده الرضى

من جانب الآخر ولا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبته صاحبه الى ان الشرط من العلماء ذو الحصين
وليس المراد بقوله كتب الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به الستة به المراد قال واذا مات من له
الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا
مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى ورثته لانه حق ثابت لازم
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء ولنا
ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال
وانه خلافه عن الموروث ينقل الاعيان الى الوارث ومن استقبل الاعراض لم يتصور المنقول فيكون معمولا به لا انتقال قال
عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته وعلى
الخيار ليس كذلك قيل ان المالكية صفة تنتقل من الموروث اليه في الاعيان فلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المستقل هو
العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من الموروث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا
واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم المالكية
مالك وفيه نظر لان الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلازمه والصواب ان يقال العرض الاصلي من نقل
الاعيان تملكها وليس الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو العرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك
فان قيل القصاص ينتقل من الموروث الى الوارث بانه غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه تثبت للوارث
ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان الموروث تقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث ما
للموروث يعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لان البيع بشرط الخيار غير لازم
فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم
ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد لا في حق الوارث والاول مسلم والكلام فيه والثاني عين
النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل الوارث استحق المبيع سليما
فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء
الفائت لان ذلك الجزء من المال يستحق المشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد
هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب هو الشرط لا يوجد في حق
الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين
لمن اختلط ماله بمال غيره ثبت له خيار التعيين وسقط الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان الموروث كان له ان يفسخ فكان
خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره موقتا قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقديره كلام
ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز عند علمائنا الثلاثة قوله فايهما اجاز يعني المشتري وذلك الغير على الحديث
واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه وجاز من
مقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري
او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشترا

ط

الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او العقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة
عن العاقد اقتضاء لان لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرط لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا
له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضي ادنى منزلة من المقتضى الا ترى ان من
قال لعبده ان حنثت في يمينه فكفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه
اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت له الخيار والثاني ان اشتراط الخيار للغير
لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولا تم على الغير
كما انه عند ذلك واجيب عن الاول بان ذلك باعتبار المقاصد والعرض هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا
الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه
الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة
والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان
مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان
المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز
وايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا
اختلف الروايات ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر
تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يترجح على غيره
وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل
بما اذا وكل رجلا بطلاق امراته للسنة وطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق الموكل لانه اعتبار معنيه واجيب بان
الترجيح محتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه ووجه
القول الثاني ان الفسخ اقوى من الخيار بلحوقه الفسخ كالاجازة والبيع يملك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة
لان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك
ونوقض بما اذا كان في من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة
فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له او القيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للفسخ واجيب
بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ الاجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي
يوسف رحمهما الله قيل والثاني اصح ولعل قوله وما ملك كل واحد منهما التصرف رجحانا بحال التصرف يشير الى
ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من حيث العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح
الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لان الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف
من له الخيار لا ترجيحه تملك العاقد عارضته فرجحنا ذلك قوله والتخريج ذلك يعني ان المنسوب اليهما المنقول عنهما وانما
استخرج مما اذا باع الوكيل من واحد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد
مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه

لبة

استحسانا ان تعرف العاشر اقوى عند ابي يوسف من هذه المسئلة انتهى ورجح تعرف المالك كما رجحه محمد فالحاصل
ترجيح تعرف المالك ظهر ان ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبدين المشتريين بالنصف فالمالك يثبت الخيار
هناك لتعرف المالك لا لكيسو الترجحان ثابت هنا لتعرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه يرد على الاجانب لا على العاقد
رجحنا بحال التعرف وهو تعرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الترجحان بعد مساواة تعرف المالك مع تعرف غير
المالك فعلمنا به كذا في النهاية وهو من كلام المرغيناني وضوح فيه لان عند ترجحان بعد مساواة تعرف المالك لا يستلزم ترجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستحسان
ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد منها في كون كل واحد منهما
يستفيد الولاية بغير فتن ترجيح تعرف العاقد من محل كذا ترجيح تعرف الموكل منه وترك ترجيح تعرف المالك من ابي
يوسف واعتبارهما يدل على انه لا انتظار الى احوال المشتري ليتأتى فيها فيه فيتعين النظر في حال التعرف نفسه بالفسخ
اقوى لما ذكرنا قال — وفي باع عبدين بالف من هذه المسئلة على اربعة اوصاف تفصيل الثمن
وتعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا جميعا او يحصلا جميعا او يحصل التفصيل دون التعيين او بالعكس لعكس ذلك
فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة الثمن وقت البيع
احد مملوكين فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في
حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو مجهول وما هو كذلك فحكمه مثل وان كان الثاني وهو بيع
كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم قال قيل
العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط الصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الخر في
عقد الخل اذا جمع بينهما في البيع قلنا لا نسلم ان كون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في
الحكم فصار كما اذا جمع بين حر ومدبر في البيع في ان المدبر ليس محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الآخر
بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم والفائل ان يقول في
الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انا لا نسلم فيمن ينتفع لاصل العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا
وانه لمظنة فضل تأمل لمنك فاحتط وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار
في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في
الآخر لمفسد في الفرد اذا جمع بينه وبين المدبر وامر الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل هناك اذا ادى الى
البيع بالحصة ابتداء كما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار
في حق الحكم كالمعدوم قبل العقد في حق الآخر العقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس كذلك اذا جمع بين القن والمدبر
ما يمنع عن انعقاده في الحكم وهذا لوقضى القاضي بجواز نفذ فكان قسمة الثمن في البناء صيانة لحق محترم عند فسخ
العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قال — ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ اي ثوب شاء ومن قال
اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي ان اخذ اي ثوب شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا
الاول الثلثة واما اذا كانت الثوب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساد في

الاربعة لان البيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وهكذا كان ذلك في مفسد
للبيع وهو قول زفر رحمه الله وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد به الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقه به
وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط الحاجة الى دفع الغبن بتخيار ما يشاوره الرفق والارفق والحاجة الى مدة التروي في البيع
متحققة لانه قد يحتاج الى اختيار من يثق بخبرته واختيار من يشتريه لاجله كما سأله وبنته والبائع لا يمكنه الحمل
اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا غرر في الجهالة تفضي الى المنازعة لانها شرط الخيار لنفسه
استدبر بالتعيين فلا يبقى له منازع فكان علة جواز مركبة الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة
فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما يتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط
والردي فيه والزايد على هذا العدد مكرر غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير وفي المأذون وقال ومن بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلاف المشايخ
فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد لما شرط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فاردونا عند ابي حنيفة وزيادة على ذلك
قولا ومن اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وانما يذكر الزيادة وذكره فيما ذكر كان اتفاقا لا شرطا
ومن اختار فخر الاسلام حجته الاولى ان خروج بطريق الالحاق بوضوح السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان على هذا يكاد
الملحق غير الملحق به لان شرط في الالحاق وجهة الاخرى ان خيار التعيين لما لا يثبت وقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك
الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلثة وما اذا كان
مع ذكر خيار الشرط فلا بد منه ومن الاجل لا تخلو اما ان ذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان ذكر فلا بد من توقيت خيار
التعيين بالثلثة عند ابي حنيفة وبدون معلومة ايهما كانت عندهما كما في المحيط بهذا قال قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين
في الزايد على الثلثة عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان ينتقل الثمن الى الاربعة ايام فلا يبيع بينهما اجيب بان قوله ان
لم ينتقل الثمن الى الاربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه وارد افيه بخلاف خيار الشرط لانه في كل منهما خيار ابغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط وارد افيه وكذلك
من خير خيار الشرط لان في كل منهما خيار ابغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط وارد افيه وكذلك
احدهما او يقيد لزم البيع فيه بثمنه ويتعين الآخر للامانة حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول ويقبض الباقي يلزم عليه
من قيمته شيء ومن الاثر للبيع ممتنع الرد لان رد ما ليس اذا لم يتغير مبيعا هو في معنى رد ذلك منهم وكان التعيين اختيارا
دلالة قال قيل قبض الآخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك اجيب بانا نقول
من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع ومن اليقين لذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه
بازاء المالك فكان امانة قال قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه واعتق احد عبديه
احديهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك عرض
عن محليته وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج من محلية الرد للتعيين فتعين الكل
مبيعا ولو هلك جميعا معا الا من نصف ثمن كل واحد منهما العدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما
واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت لهما خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقت على الايام فلا يرتد احدهما بخيار الشرط في الايام
لانه تعين في احدهما فيرتد بحكم الامانة وفي الآخر مشترك قبل شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل

ولو مات

خيار الشرط فلا يملك ردهما ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه تعين البيع فيه ولزمه
وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن المشتري في الايام الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للورثة خيار
التعيين فلهم ان يردوا احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه
بملك الغير فان قيل هل لعموم قوله له الخيار فاين قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي
ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار محمد في المأذون لان مثل هذا البيع يجوز مع خيار الشرط فيجوز مع خيار البائع
قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان جواز هذا البيع مع خيار الشرط انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة
اختيار ما هو الارفق بحضرة من يثق به في الشراء لهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق
اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يقتضي القياس ولم يذكر محمد رحمه الله الا في بيوع الاصل وفي الجامع
الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين وان الآخر امانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة من اشترى احد الثوبين
وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المص وفي بعضها اشترى احد الثوبين وفي الجامع المعتبرة وفي بعضها من
اشترى ثوبين وهو مجاز والثابت فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى
ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج
اليهما وانما يخرج من احدهما **قال** ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيعت دار اخرى
بجنبها فحضر الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار لان الاخذ بطلب الشفعة وطلب الشفعة
دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك وهذه
الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع
الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا النقد يحتاج اليه من يرى مذهب ابي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع
دخول المبيع في ملكه واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة
ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان انما يدفع ضرر الجار في دار بين يديه **قال** شمس
الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي يوسف فلانه صار احق بالتصرف
فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما
يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو
اشترى دار المريض فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط
بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي **قال** واذا اشترى الرجلان اذا اشترى رجلان عبدا على انهما بالخيار
ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا لو اشترياه ووجد
احدهما به عيبا فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما
وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نعلم ان اثبات
الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر وله ان
المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع

يصرح

متى شا

بالاباء

متى شاء وبعد اذا رد البعض لا تمكن الا بمهاياة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد
الضرر بالزيادة لان في امتناع الرد ضررا للآخر ايضا لكن لم يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول
فان الضرر الحاصل من الغير افظع واتجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضا منه بعيب التبعيض اجيب بانه انما رضي
به رضا به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل التعييب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض
قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده بحكم خياره لكن
العيب معرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما
وتقديره ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد احدهما وهو ظاهر ولا اثبات الرضا برد احدهما لازما من لوازم اثبات
الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما **قال**
ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز
والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك اذ لو امتنع الرد بسبب من الاسباب
فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما
يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم
غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك اما ردة فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه ويتوهم
وجوده ان تمام ما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انها عوراء فاذا هي سليمة فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه
يستحق في العقد بالشرط لانه لو جعله صفة الثمن او الثمن كان ملائما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع
لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا للعقد ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه
فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل شرط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم
يصير الكل مجهولا ولئن كان وصفا لكنه شرط انها حلوب لا تعسر لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي ولكنه مجهول
لان في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان الخبز والكتابة يظهر حال العبد فيهما في الحال
البطن فيه يكون ريحا وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقوله
يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالبيع بدون ذلك فيخير ولا يفسد العقد لان ما يرى يكون من جنسه فوات الوصف
المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا
اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل فصل الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش
في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية فيفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا
الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم **باب خيار الرؤية**
ترجم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب كان في منع لزوم
الحكم **قال** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في
كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذه وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية

ع

اختلاف

المنحية فانه جاير عندنا وله الخيار اذا راه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغايب المشار الى مكانه وليس في
ذلك المكان بذلك الاسم غيره مسمى وانه كان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو
بحال لو كانت الروية حاصلة لكان البيع جايزا اي بالاجماع قال الشافعي البيع مجهول والمجهول لا تصح بيعه كالبيع
بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيا لم يره فله الخيار اذا راه وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض
فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ونهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم المشتري فالعقد جاير وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس
في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي
فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا
على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلمه لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به النفي ملكه والمعقول فيه
ان الجهالة بعدم الروية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمه لمقتضى جهالة
وانما افضت اليها لو قلنا بانبرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى
ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى المنازعة
وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق
الثاني اذا انتفى عن حالة العقد فسد العقد فكذا ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة لان انتفاءها ضرر واجيب بان المعاين
ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله وكذا
اذا قال رضيت على مسئلة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم راه لان
الخيار معلق بالروية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشي لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط
ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الروية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطاله كان
باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سؤال مقدر تقديره لو لم يكن له الخيار قبل الروية لما كان له الفسخ قبل الروية
لانه من نتايج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا به فلا يوجد قبلها تقدير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم
لانه لم يقع مبرما فجاز فسخه لضعفه فيه الا ترى ان كلا من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك
الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضاء فانه ثابت بمقتضى الحديث
ولا يجوز ابطاله على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو لازم
للخيار والخيار معلق بالروية لا يوجد دونها فكذا اللازم لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضا
بالشي جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضاء والرضاء بالشي لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشي
واستحسان الشي مع عدم العلم بالمستحسن غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات
لان عدم الرضا لاستقباح الشي واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له
من انشاء احتياطه الى البيع او ضياع ثمنه او غير ذلك فلا يلزم الاستقباح وذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الروية
لا بالروية يعينه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وفيه

ثم لا يمنع الفسخ قبل الروية ان منع ... سبب ... قبل الروية فقد امتنع تحقق عدم اللزوم بان ... قبل الروية البيع ثابت فقبل فسخه
... وقولهم عدم اللزوم ... القدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالروية فقبلها ثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الروية
... قدرة الفسخ والاجازة معا ابن الهمام

مختار

مختار المص رحمه الله **قال** ومن باع ما لم يره فرويت شيئا فباعه قبل الروية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان
ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البايع الثمن زيفا فهو بالخيار
ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل
دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم ووجه ما اي الخيار للبايع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام
الرضا زوالا اي من جهة البيع وثبوتا من جهة الشراء وتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالروية
لان بالروية يحصل الاطلاع على دقايق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البايع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم
من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه كما تقدم فلا يقال البايع مثل المشتري
في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرجوع جانب المشتري باعتبار انه كان
يظنه خيرا فيما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبايع لو رده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار
كما لو باع عبدا شرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبايع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل التعلق بالشرط لو جد
قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز للبايع واجيب بانه ثابت بالنص
غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بن مطعم وطلحة كان
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر احد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا وهذا رجع
ابو حنيفة رحمه الله حين بلغه الحديث **قال** ثم خيار الروية غير موقت قيل خيار الروية موقت بوقت
امكان الفسخ بعد الروية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط خياره لان الخيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه
بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم
ما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار الروية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان
المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يحتاج اليه مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا ابطل فاية
الخيار لانها امكان الرجوع عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزم البيع بفعل ما يمتحن به اول مرة فات فايدة الخيار
ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكن لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية
كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل
في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليه لحصول
الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها بالوطي قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطي
في غير الملك فكان اختيار الملك قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها
دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الروية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على
البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الروية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار
الروية لا يبطل بصريح الرضا قبل الروية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه وطلب الاخذ بالشفعة
والعرض على البيع دليل الرضا ولذلك لا يعملان في ابطال خيار الروية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس
بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار الروية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون

تعيينًا او تقديرًا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منها فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل
خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطل قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذي
لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري
والرهن والاجارة وهذا لان التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل
الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو انفك الرهن
او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد تحقيقه بحث عن وجهين احدهما ما قيل
ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان نفس التصرفات لما لم يكن صريح الرضاء
او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية كيف يبطله واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص
وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورة
وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر وههنا هي من الدلالة ضروريات صحة
التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم قبيح واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار
لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح
الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى يعني اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة بعد العلم بالخ
قال ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت
الآحاد او لا يكون كذلك فهذه ثلثة فان كان الاول فليس في رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون
متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتيهما وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ
العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان
الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع
يتكسر ثوبه بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب
والدواب والبيض والجوز فيما ذكر الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت
في آحاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض على ما قال البلخي يكتفي برؤية بعضه
لان رؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى منه فحينئذ
فهذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه كيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف
البقية الا ان يكون في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود في العبد
والامة وسائر الاعضاء تبع له الا ترى الى انه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر
الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب عند ابي يوسف وهو المروي عن ابي يوسف وشرط بعضهم رؤية
القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرأى ما في احدهما فاذا كان ما
في الآخر مثل ما رأى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا تتفرق الصفقة واذا اشترى
شاة فاما ان يكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية

الضرع

الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم ير بيوتها صحن
الدار او خارجها او رؤية اشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية وفي كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرير
وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وقد سقط شرط رؤية الكل فاقتصرنا رؤية ما هو المقصود من الدار وهو تمام رؤية
الكل فاذا كانت في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار وقد يشترط رؤية
المطبخ والمزبلة والعلو اذا كان في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل
البيوت والاصح ان جواب الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها لا تختلف بالضيق والسعة فما
وراء ذلك يكون بصفة واحدة ومن ابصر علوها بالنظر الى الجدار اناه من خارج فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل
الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن ومن نكتة زفر قال ونظر
الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة
الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه
اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل ولم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر
اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول اليه بالقبض وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله
برده عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار
المشتري ولكل ترجيح وما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء لم يظهر كذلك فسر المص بقوله معناه
الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة
بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالته فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به
فصار كما اذا اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه او عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكذا اشترى بخيار
الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط
الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل وله اي لابي حنيفة ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه
وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور وقوله وهو اشارة الى تنوعه الى نوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم
الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تناهيها في اللزوم بحيث لا يرتفع الا برضاء او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان
عن ذلك واذا عرف هذا فنقول الموكل يملك القبض بنوعيه فكان من ملكه بنوعيه وكيله لكونه عند اطلاق التوكيل عاملا
بالاطلاق فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل
ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص اجاب المص رحمه الله بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل
بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفيه من الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي وفي
تحقيقها دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا وضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في
العقد التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رآه قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم
من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فانه توكل بشيء توكل بما به تمامه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب
وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حتى لا يرتد بدون الرضاء

معنى تمام الصفقة

أو بقضاء وهذا لأن تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة
لأن تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع وما لم يمتنع هنا دل أنها كانت تامة ومن موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق
المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصير التوكيل بالقبض إلا إسقاطه ولا يستبد به فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا
معينا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكره القدوري في من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعدما رآه فهو على
هذا الخلاف ولو سلم فبقاء الخيار للموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار
الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكيف يكمله وقيد بالتام
لأن الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فإن إليه الرسل
بليس البيع وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز
بيع الأعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي رحمه الله إن كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وإن كان أكمه فلا يجوز
بيعه ولا شراؤه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبأن من أصله أن
من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولم يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا
وفيه من الحرج ما لا يخفى ولنا أنه اشترى ما لم يره فله الخيار بالحديث وفيه نظر لأنه قيد بما لم يره فيتناول من قبل
الرؤية لأن قوله صلى الله عليه وسلم لم يره سلب وهو يقتضي تصور الإيجاب وذلك إنما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما
ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فإن ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم
بالمقصود فإن كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وإن كان يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات وإن كان
شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فخياره لا يسقط حتى يوصف له لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض أئمة
بلخ يمس الحائط والأشجار فإذا استخبر عن ذلك ووصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن أبي
يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع
العجز كتحريك الشفتين وإجراء الموسى في حق الأخرس والأصلع وإطلاق الروايتين يدل على أنه كان يقول بذلك من غير اشتراط
الوصف قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال إذا
كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده وقال الفقيه أبو جعفر يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه
ومع ذلك يوصف له ليس أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول
أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد
قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى الصفة
العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن رأى أحد
الثوبين فاشتراهما فقد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد من
رؤية كل واحد منها وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه بل
يردهما إن شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وأنها لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون الرد فسخا من الأصل العلم

بصفات المعقود عليه فإن تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه السلام عن تفريق الصفقة وقيل تفريق
الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أن
له أن يرد الذي لم يره وحده فإذا وجد تعارض حديث النهي على الحجية وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صوره والحديث
ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو عتق أحد العبدين وإذا تعارضا رجح المطرد لأنه محرم والمحرم راجح على المبيح أو
لأنهما تفريق البيع لئلا يلزم تكرار الفسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لا يرد أحد الثوبين لا يكون رد أحدهما إلا أنه اشترى ثوبين
لا أحدهما والرد إنما يصح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيد بما قبل التمام فيكون
متروك الظاهر ومثله لا يرجح والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة
فإنه إذا أوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء
إلى الجيد ترويجا له بالجيد وإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام ينبغي أن يستشكل بالاستحقاق
فإنه إن اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما لا بد من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه
رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري
قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد
الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بها لكن في صورة الاستحقاق له
ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فإن شاء رضي وإن شاء رده وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم
البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال لأنه مشيئة وهو عرض
لا ينتقل والإرث فيما ينتقل فكذلك خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج إلى إعادته
قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآه عليها
سقط الخيار لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار فبين
العلم بالأوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف بتلك الرؤية فينتفي
الآخر وهو ثبوت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه كما إذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو
لا يعلم المشتري ذلك المرئي فله الخيار حينئذ لعدم الرضا به وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم
علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا
فلا يكون له الخيار وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم أنه مرئيه لم يرض به فكان له
الخيار وإن وجده متغيرا فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول
قول البائع مع يمينه لأن التغير حادث لأنه إنما يكون بحيث تتبدل هيئته وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع
منكر ويتمسك بالأصل لأن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة
وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والأصل لزوم العقد والقول قول المنكر فإنه مع يمينه
والبينة بينة مدعي العارض قوله إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا إلى آخره استثناء من قوله فالقول قول
البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري لأن الظاهر شاهد له فإن الشيء يتغير بطول الزمان فيشهد له الظاهر فالقول

قوله ومال شمس الائمة السرخسي وقال أرأيت لو كانت جارية شابة تراها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم
البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع يعني
اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه
حادث والمشتري ينكر فكان القول قوله مع اليمين قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره الزط العدل بالكسر
المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه
فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه
فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره و
نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا كما كان العدل فكذا اذا
اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج عن ملكه وفي رد ما
بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وهذه وضع
المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري
الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة هو اي المشتري الاول على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع
المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه
لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع
اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول
الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما
رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في
الجوف والكبد والرئة وفيما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق
والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب
ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فيتخير كي لا يتضرر لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضاء
فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى
وصف السلامة كان مستلزما له واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد
اللازم وعند انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان لان الفائت وصف لان العيب اما ان يكون
بما يوجب فوت جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة
والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى
والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوت وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل
بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل

تعين الثالث قوله في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض
بزواله دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان وقيمته وارشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع
عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله باقل فلم يكن مرضيا وعدم رضاء البائع بزوال
المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب
ايضا لكنه يمكن تدارك ضرره بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع
يتضرر لان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب ان يثبت الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان
المبيع كان في يد البائع وتصرفه وهو ممن يستطلع زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما
المشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار قوله والحد في العيب الموجب
للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احد الحالين
رضا بالعيب دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة
كلية تعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر
بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال
والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او العكس
فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق
وان ابقت منه وفارقت مصرهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز بان كان ياكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق
درهما من مولاه او من غيره فكذلك لان الاخلال بها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ولا يوثق عليه حفظ ماله الى التعارف وتقطع
يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في الماكولات للاكل فان سرقتها من مولاه ليست بعيب فاذا
وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك
واما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء مختلف في الصغر
والكبر على ما قال في الكتاب قال والجنون في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم
اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن واذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة
ثم عاوده عند المشتري في كبره رده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه بعض الائمة كالحلواني
وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان اثاره لا ترتفع وذلك يتبين في حماليق عينيه لان الله تعالى
قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور
في الاصل والجامع الكبير قال والبخر والدفر عيب في الجارية الدفر بالدال المهملة نتن الابط وكذلك الذفر بالذال
المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب
في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية لان الاخلال بما هو المقصود وهو الاستفراش
وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله او يكون من داء
والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد

فان الولد يعير بزنا امه وليا لتخليد في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المصنف فانه
يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم
ينفر عن صحبته والنفرة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل
بالاتفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيخل الرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا اشتباه في
الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا
اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى ما ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا
الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر
وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة بها في المعاملات فلو كانت الجارية
بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيما عن ابي حنيفة رحمه الله وادعى المشتري
بعد ثلثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد او سنتين فيما روي عن
ابي حنيفة رحمه الله وقرانها لم تحض بحبل بها او لداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل الى قول النساء ويكتفى
بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء بقول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال ابو المعين يكفي قول عدل
واحد منهم وقيدنا بان الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك لئلا
يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى الانقطاع في الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين
لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
لان العادة في التي خلقت على السلامة تحيض اوانه والمعاود دم على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العادة وهو سبعة
عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار
بقول الامة فان انكر البايع ذلك لا يرد عليه الا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها ويستحلف البايع فان نكل رد عليه
بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في
توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتاكد
فجاز ان ينفسخ بشهادتهن قال واذا حدث عند المشتري عيب اي اذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية وغيرها ثم
اطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر
او ثمن او سدس ونحو ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لخروج المبيع من ملكه سليما عن العيب الحادث
ويعود اليه معيبا به والاضرار والضرر ممتنع ولا بد من دفع الضرر عن البايع ويجب ان يعود الى المشتري لانه ايضا متضرر
بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين من غير ان يرضى البايع ان يأخذه بعيبه
الحادث لانه رضي بالضرر والرضاء اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان يرضى ان يأخذه بعيبه القديم فان قيل لم قلتم
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا
كذلك كما مر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث
لان البايع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البايع غر

بتدليس

بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع نظر لهما وفي الزام الرد
بالعيب الحادث اضرار بالبايع لا لفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبرنا ما هو
انظر لهما الا اذا قال البايع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان قيل
ما الفرق بينه اي بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان
العيب عند ابي حنيفة اجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق
بسرقته فيختل معنى قيام المبيع وان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه يجوز ان يقول البايع كنت
كذلك فلان الرد كان ممتنعا برضا البايع فاذا باعه المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان في ذلك لامكان
رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان
العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليهما ولا سبيل الى شيء
من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد وامتناع
بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا لا لحق البايع حتى ان يقول انا اقبله فتعين الرجوع بالعيب دفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة
المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة
ههنا محضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما منفصلة او متصلة وكل منهما
اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ
والخياطة يمنع عند الاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن
طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب
ليس بمبيع بحال لانه يتولد من المنافع والمنافع غير الاعيان وان كان منافع الجمال او آدمي بخلاف الولد فانه متولد من
المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ
بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع
حابسا المبيع ولو كان العيب قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري
ويمكنه الرد برضى البايع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به
البايع واذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بالنقصان
ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع
لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وكانت
تمليكا من الصغير والقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبايع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع
للولد الصغير هو تمليك له صار حابسا المبيع فيمتنع الرجوع بالعيب ومن نظيره اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى
هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة لا يحتاج اليه الا انه ذكره لمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان
العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد
ذلك لا يكون حابسا المبيع لامتناع الرد قبله ومن نظيره اذا باعه بعد الخياطة او الصبغ واللت قال ومن اشترى

قوله بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة قيد بالمعتق دون النفي اي ليس بموجب للضمان
كلما بل قد يتخلف عنه كالاعتاق الاجنبي مملوك غيره كما توهم فانه بمعزل عن صلاحية
المالية ليتخلف الضمان عن الاعتاق اذ هناك لا اعتاق ولا ضمان ولا تخلف على ما عليه
شأن سائر التصرفات من البيع والهبة ونحوهما اذا صدرت عن غير المالك فانها لا تستتبع
احكامها ولا يتعلق بها بسبب ذلك ضمان اصلا بل كاعتاق الحر عبدا مشتركا مع
شريكه لاشتراك بين الاعتاق والاستسعاء وليس له تقضي المعتق فقد تخلف الضمان
عن الاعتاق فقلت هذا واضح على اصلهما فان اعتاق احد الشريكين لنصيبه اعتاق
للكل لعدم تجزي الاعتاق عندهما فيتحقق اعتاق ملك الغير مع تخلف الضمان عنه واما
على اصل ابي حنيفة فلا يسري الاعتاق ولا العتق الى نصيب شريكه بل ملكه قائم ولهذا
يملك اعتاقه عنده وولاية التضمين في صورة يسار المعتق انما هي لجناية عليه بافساد
نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك كما بين في موضعه فلا يتصور هناك تحقق
الاعتاق مع تخلف الضمان عنه وهو الذي يدور عليه الفرق بينه وبين القتل الا انه
لا تحقق اذن في المحل على ما ذكر منزلة تحقق نفسه فبنى عليه الفرق المذكور وادير عليه
اختلاف الحكم من الرجوع وعدمه والسر في ذلك ان الاعتاق حيث لم يكن من الامور
الحسية التي لا وجود لها ولا الا آثارها كالقتل بل من التصرفات الشرعية التي وجودها
بوجود احكامها وعدمها بعدمها لم يتصور تحققه ولا وقوعه جناية الا باعتبار آثاره
المترتبة عليه شرعا بحيث يظهر آثاره لا يبالي بفقدان نفسه فتامل مولانا ابو السعود

عبدًا فاعتقه اشترى عبدًا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به
اي يتم وكل ما انتهى فتقرره امتناع الرجوع وقيد ان المشتري بالبين بفعله من الموت فرجع بالنقصان دفعا
للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما
اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع
بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بانه ح يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي
لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ باصل فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق
فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه
في يده محبسه وبه بطل الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل
محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق
انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان
الملك باق والرد متعذر الا يرى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك
والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البايع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل
كيف يكون كالاعتاق وهو منهيه دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا
الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المالية فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض
ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف رحمه الله انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد رحمه الله معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعني
بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقرر حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله
عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما يكون باعتبار
الملك فصار كانه استفاد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب الضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه
من احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستعيضا فيمنع الرجوع وان كان المبيع طعاما
فاكله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لم يرجع عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع
ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع
كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فكان
بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالا
وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف
ومحمد روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل
الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد
في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله كما في بيع البعض عنهما روايتان في اصحهما لا يرجع بشيء كما هو قول

ابو حنيفة رحمه الله وهو المذكور هنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد باقي لانه
لا يلزم التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال وفي اشتري بيضا
او بطيخا اذا اشتري بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيأ من الفواكه فكسر غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان
كان منتنا او مرا او خاويا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيأ بعد اذا قبله
او رجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس كذلك
ويقطع من التيمم باصل ابي حنيفة فانه اذا كسر عالما بعيبه صار راضيا واذا اصلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجد
قليل اللبن كان من العيوب لان الفساد وان تناول منه شيأ بعد اذا قبله صار راضيا واذا امكن ما لا يكون محالا
للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع
يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته اصادفته الحل ويرجع على البائع بحصته
اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ما لا قيمة لجوزه
قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر
ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان في البيض بيض النعامة فوجد ها بالكسر مرتين ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب
ومن الفضل ان يكون بلا خلاف لان ما في بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به
في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب فيما للقشر بقدر الامكان من الحانبين وقال الشافعي
رحمه الله يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليط قلنا التسليط على الكسر لملك المشتري لا في ملك البائع
لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا
فقطعه المشتري وخاط قميصا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان كان التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا
فالفاسد اما ان يكون قليلا كالاثنين في المائة او كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا ولم يكن له ان يخاصم البائع بالطبع
لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز
بكل الثمن لانه جمع بين الحلال وغيره وذلك يمنع للعقد كالجمع بين الحر والقن قال ومن باع عبدا فاعتقه المشتري
ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء القاضي فان كان الاول فاما ان يكون
باقرار وهو معنى القضاء في سن الصور ان الخصم اذا جاء على المشتري بالاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك واثبت الخصم
بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا اقر بنفسه لا يكون المرء محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب
وهو ليس له ان يرد على بايعه لانه قائله واما ان يكون ببينة او بإباء عين وفي كل ذلك ليس له ان يرد على بايعه لانه فسخ
من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى الجواب
زفر رحمه الله قال اذا جعل العيب ليس له ان يرد على البائع الاول ان وجد عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان
غاية امر المشتري انكار قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كما اشترى
شيأ واقر البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله
وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبيع كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه

بخمسة من الثمن وبأخذ الشفيعة
ابو جعفر والفقيه ابو الليث
وعليه الفتوى
فتاوى
قاضي خان

الاعارة نسخ في بعض النسخ

الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه عقدان متعددان مما لا يرتد الاخر وان كان الثاني فليس له ان يرجع لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء او بغير قضاء لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما يحدث وقد رد بغير قضاء فلا يرجع على بائعه لتيقن بوجوده في يد البائع وهو كذلك ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول لتخاصمه

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يرفع الثمن او المبيع وهو تشكل من العبارة لانه جعل غايته عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به تجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام تندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام ومثل قوله قال في قوله علفتها انه يعني اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشرب به وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار فذكر اللازم واراد الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وشمول بلا حرف قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن او لا ليتعين حق البائع بحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفيه انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولابد من حجة وهو اما بينة او يمين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صيغة الانكار تقتضي استناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع لان يدعي ما يوجب دفع وجوب الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله صحيح لانه لو قضى بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما يقال الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المحقق وتقرير ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا للقضاء عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء

قال فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المصنف بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو سبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده تقيبا بحث وهو ان الاول اما ان يقال في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني

ان

أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والآخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا انما قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل لزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عن ابي حنيفة رحمه الله

قال ومن اشترى عبدا وادعى اباقا واذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك مثل العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضاء او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم تكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه ما ابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني ان سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض واي فرق بين ما نحن فيه وبين ما ادعى على آخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال والجواب عن الاول بان اقامته البينة تقيد اقامة البينة على العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من ذلك الا بهذا وكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا تكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب ان كان مما يعاين ويشاهد يمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل ولذا ظهر بهذا انه اذا اقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلف بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه الانيوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فنفي وجوده في احدهما يكون بارا اذ الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة الى تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكرنا من شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال ان هؤلاء قالوا النظر للمشتري يقتضي اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوصية لكن ذكرها قال والاصح عندي الاول لان البائع ينفي العيب عند البيع او التسليم ولا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا لا نعلم ان قوله في عبارة المص تسامح لانه قال انما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول ولعله قالوا انما يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح واذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه ولهذا

حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات
فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير
انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البتات لادعاء
العلم بذلك فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف
او لا قيل لا يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي
وهو مختار المص وقيل الخلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب
عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة رحمه الله على قول من يقول ان التحليف على من يحلف
يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة
الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة
دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحرية بخلاف
التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة وكان مقتضيا سابقة الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا
بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما
واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات على ما تقدم قال المص ان كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما
ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب الرد بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في
حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر ومثل ذلك من الاباق غير
موجب للرد فامتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله فيتضرر به قال ومن
اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فقال البائع
تخصيص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان
الاختلاف في مقدار المقبوض والقول قول القابض لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب
والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا
اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقدار بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال
المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض
بل ههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على كون المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما قال
ومن اشترى عبدين صفقة وصورته رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما ولم يقبض الآخر
فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما فاذا تصرف المشتري
بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة وما يتم بقبض الصفقة فبقبض بعضه لا يتم لتوقفه على قبض
الكل لذلك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز كما ذكرنا يعني في باب خيار العيب بقوله لان الصفقة
تتم بخيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التوقف في القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث
ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف

وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد وقال بعت منك هذين العبدين فقبل احدهما لم يصح فكذا هذا
قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا اي في شروح الجامع الصغير
اختلف المشايخ فيه وكلام المص يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة
ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة
بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل باعتبار احد البدلين
بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة
ولا يرى عيب ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية
والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع
تمام الصفقة لوجود تمام الرضاء من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت
الصفقة تامة بنظام العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب
قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في
شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا كان كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى
لو كان المبيع ثوبين قد لف احدهما بالآخر بحيث لا يعلم برؤيته لا يملك رد المعيب خاصة قوله وهذا اي وان الصفقة
تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر لان العقد تم فيه فلا
تفريق بعد التمام قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في
سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في
وعائين على اختيار المشايخ وقيل ان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوصف
الذي خرج من ضمان البائع وجه الظاهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى
باسم واحد كالكر ونحوه واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست بمالية
التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد في الثوب الواحد اذا وجد بعضه عيبا ليس له الا رد
الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب يستلزم شركة البائع والمشتري وفي الاعيان المجتمعة عيب فيرد المعيب خاصة
بعيب ابين وليس كذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد
وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي
ولم يثبت له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانه في
المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن ولا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض
عيبا وحده يرده لان تمييز المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعيض فيه ضرر والشركة عيب فيه
زايد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره انتفاء الخيار في رد الباقي حيث
يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضاء والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك

وكذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا
العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد
الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يشير الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء
اخص مما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبض المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي
لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع به فان قيل حدث عيب الاستحقاق عيب حادث في يد المشتري وذلك
يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق
فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبيه كلام المصنف يحتمل حكم
العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال ويوزن وغيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق
فلقوله اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ويختلف حكمهما بعد القبض كذلك الا في
المكيل والموزون لانه ذكر في العيب وفي الاستحقاق اخر ليس له ان يرد الآخر وقال في المكيل والموزون يرده كله
او اخذ معيبه بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي **قال** ومن اشترى جارية فوجد بها
قرحا فداواه المشتري اي جرح الجارية المشتراة او ركب الدابة في حاجته فهو رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء
لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك
ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه ولا يتمكن من الرد بذلك العيب ولا بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم
رضاه بغيره وكذلك الركوب بحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها
ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او
لا لان في الركوب ضبط الدابة وهو حفظ لها من حدوث عيب آخر واما السقي والعلف فمحمول على اذا لم يجد منه بدا لصعوبة
الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا بان انعدم الاول
او يكون العلف في عدلين وركبها كان الركوب رضا لانه حينئذ ممكن بدون الركوب **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق
ولم يعلم به يعني اذا اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان
يرده ويأخذ الثمن كله ولكن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرده ويقوم سارقا وغير سارق
فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد او الردة لهما ان الموجود
في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتم فيه
فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه محله لكنه متعيب لان مباح الدم والدم لا يشترى كالسالم لانه اشد من المرض
وهو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وهاهنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة
القطع فلان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده وبه يمتنع الرد بعيب سابق كما تقدم
فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه
يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كالمستحق والمستحق لا يثبت وانه للمعقود فينتقض القبض من الاصل

الاختبار هو الامتحان والتجربة

لعدم

…ع الذي يكون في دفع الاعتراض الوارد على العلة المؤثرة كتعليل الشافعي لايجاب الفرقة باسلام احد الزوجين
…النكاح مع ارتداد احدهما جعل الاسلام علة لايجاب الفرقة في الاصل والارتداد علة لبقاء النكاح في الفرع
…بيان تعليله مقرون بفساد الوضع هو ان الاسلام لا يصلح قاطعة للنعمة والردة لا يصلح عفوا

…وهو عبارة عن اضافة الحكم الى وصف غير صالح لذلك الحكم بل هو صالح لنقيض ذلك الحكم شرح منار

…وهذا القياس موضوع على خلاف مقتضى ترتيب الادلة والمراد من المخالفة وقوعه معارضا للكتاب او السنة او الاجماع
…من اقسام الاعتراض على العلل الطردية ابن الملك

…ب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان تخفيف الوضع ان يعلقه وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيقتضيه
من شرح الكنز للزيلعي في اوائل باب الربوا

لعدم مصادفة العقد محله او لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده فصار كما
لو غصب عبداً فقتل العبد عند الغاصب رجلاً عمداً فرد على المولى فاقتص منه في يد مالك الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب
والجواب عن مسئلة الحل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت
من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمناه فنقول انه بسبب الموت هو مرض المتلف وهو
حصل عند المشتري وعن قوله ان سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف
للمالية في هذا المحل لانه يستند فكان بمنزلة علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم في هذا الوصف الذي المالية صارت
المالية كانها مستحقة واما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا
هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون
غيره كما كان لمن له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر اثره في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطاء كان
الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري اي لو كان العبد المبيع سرق في يد البائع
ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند ابي حنيفة لا يرد الا برضاء البائع للعيب
الحادث ونحو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البائع كذلك وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع
المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن
لان اليد نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف
الآخر يرجع به على البائع لرد العبد عليه فان قيل لو حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع
فقبله البائع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظراً الى جريانه
مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل انما تذكرون ما يعترض من خلل العيب والاستحقاق يستويان قبل
القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف هنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل
يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما هو بمنزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهه بين
الجزء فيعود الاستحقاق كون العقد غير متناول فينتقض القبض في الاصل لما مر آنفاً قال ولو تداولته
الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير
ترجع الباعة يعني جميع الباعة كالحالة في جميع حالك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رحمه الله كما في الاستحقاق لانه
بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير
لما صار حابساً حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فكان البيع منع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم قوله وقوله في
الكتاب اي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير ولو علم المشتري يعني على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما
والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة رحمه الله في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع
الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن
وجه كالعيب فلا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا
لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل بمنزلة الاستحقاق لرفع الغرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وقوله اشتراه

قال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحاله ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا لان قتل العمد لا يوجب المال فيكون
بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع
الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه يوجب
نقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم
جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان كونه استحقاقا او عيبا يجوز ان يكون
من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ومحله من حيث الدليل وقوله فيه نظر ومن العيب ممنوع لانهم صرحوا
بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق
بالدليل المتقدم فاجري مجراه قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فالبيع بشرط
البراءة من كل عيب صحيح سمى العيوب بعددها او لا علمها البائع او لم يعلمها وقف عليها المشتري او لم يقف اشار اليها او لا موجودا
كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث
قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقال زفر والشافعي ومالك اذا كان مجهولا لا يصح البيع ويفسد بالشرط وقال الشافعي في قول
لا تصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل عن عيب كذا وعن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيوب حتى يسميها ويضع يده عليها
المشتري وقد جرت هذه المسألة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال له ابو حنيفة ارأيت لو باع جارية
في ماق عينها عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع ارأيت لو ان بعض حرم امير المؤمنين باع عبدا
برأس ذكره برص اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك وما زال حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به وللشافعي في بيع العبد
بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد في قول وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناه على مذهبه ان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فرد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول
لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بلفظ الاسقاط ويصح الابراء بلفظ الاسقاط عن الدين
ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا تفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما تبطل التمليكات
لعدم ثبوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا تكون مبطلة له ولهذا جاز طلاق نسائه وعتاق عبيده
وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما فيه من معنى
التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تمنع التسليم كما اذا باع قفيزا
من صبرة فلأن لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى وجه قول محمد
ان البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم احدث ام لا وان حدث متى يحدث والثابت ليس كذلك
فلا يتناوله ولابي يوسف ان الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليتعذر على التسليم
الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث
فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في
الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق ان ظاهر لفظه ههنا تناول العيب الموجود
ويدخل فيها ما قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا والجواب عن قولهما ان ما يحدث مجهول

انه تسليم الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت منك العبد على اني
بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

تأخيره عن الصحيح لعلة غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة
وقوعه وتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا
في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن
شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصيل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي
مات حتف انفه والدم والخمر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد
من له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا
لو باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعها فيما
بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين
وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فان هذا المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم
عند البعض اهل الكفر وانما اوردنا لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق
المسلمين كيلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين يحتاج الى
تأويل لكنه خلاف الظاهر قوله وهو اي الباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل
لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في
يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر وبقي القبض
باذن المالك فتكون امانة وعند بعض آخر شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه يكون مضمونا
لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود حصول العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه
القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما
اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال
محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات واما اذا
قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن
شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فبقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد
ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء
فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك فان الملك مطلق لذلك فالجواب ان المحرم للوطء والاكل ومانع ثبوت
الشفعة فيما ذكرت ان في الاشتغال بالوطء والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده
فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على التسليط

المشتري

تفسير المقبوض على سوم الشراء

البايع على ذلك لا على ملك العين فاستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا ولو ملك العين لما ملك الامور المذكورة ولم يملكها وثبت للبايع
يلجئ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بان اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيعت بجنبها دار فللمشتري ان
ياخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد فقبضها ثم ردها على البايع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصي
عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما
على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين واجاب عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل هذا هو الاصح واذا كان مفيدا
للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيما له في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه
بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب وقوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع
هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير
او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك
ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي
غير محترم وتقابله القيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معززا فلا يكون
متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور به وهذا معنى ما ذكره بقوله وهذا لانه
متى اشتريها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله
كذلك خلاف المامور به فيسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به وصح كون البيع باطلا بخلاف ما اذا
اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم
يكن ذكرها لتنبيه ابل الغير ولو في ذلك اعزازها والاخلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه مقابضة وفيها
كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الجزء الخمرية الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان
بقدر الامكان **قال** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وكانما
فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق
قد ثبت لكل واحد منهم وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة الحرية لا يدخل عليها
الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فينتفي الآخر
لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك
المنافاة ثابت بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع
الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية في حق المدبر والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه
لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم
العاقل البالغ والاهمال ولي وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فتعين ما قلنا انه ينعقد سببا
بعد الموت فاحتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال
وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازما في حق المولى وبين ثبوت الملك

غير متقوم اي غير معزوز

ن

واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر واخوته باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كان كالحر لبطل
بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن
ويلزم مشتريها حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انه لا يملك بالقبض
كما لا يملك الحر لكان مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون وانما يملك القن المضموم اليهم فلدخولهم
في البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولو قضى قاض بجواز بيعه نفذ
وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف في اصح الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع
فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض ويجب ان لا حاجة الى الحكم بتخصيص
فهو باطل وحكمه حكمه وجاز ان يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل
التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان
باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا
مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل قلنا نحن لم نخط حكم الباطل
لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه وتحقق اللازم على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه
انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان ما هو بيع باطل يدخل في العقد
كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر واصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى
لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف
فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض
الوجوه لم يملك القن المضموم اليه وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر
ابن الهمام

منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فينتفي الامر
وتقاعد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء
لكان كبيع الحر وحينئذ يبطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والعبد بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء
وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها
والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه
واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن
والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم المحلية لعدم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على
ما يجيء قال ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر
انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير الذي مر في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله
وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما
وهو رواية عن ابي حنيفة ومشى المصنف على ظاهر الرواية عنه في حق المدبر وروى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن
قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وكذا في حق ام الولد اتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب
لانه لا يتقوم ماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع
ليس كضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن بدون اعتبار جهة البيع لان المالك انما يثبت بدل
الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع اصلا سقطت تلك الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر
وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفا
وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما
يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب فانه في يد نفسه فلا يتحقق القبض ولابد منه
في العقد وتملك المضموم ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخالصة حقيقة في محل يقبل
الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل
للحقيقة قوله ودخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فايدة الدخول لا تنحصر في نقل الملك
لجواز ان يكون عائدة الى الغير كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما ولم يكن ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا
باع عبدا مع عبد المشتري بعقد المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فما اخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح
البيع في حق عبد البائع فكذلك هنا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد بيع السمك قبل الاصطياد
بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا تخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ
منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه بائع مقدور التسليم
واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشتراه ولم يره
قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ بغير حيلة جاز الا اذا اجتمعت

فيها بأنفسها ولم يستول عليها المدخل فإنه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه يستثني من المأخوذ الملتجئ في الحظيرة
والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها وأما مجرد الاجتماع في ملكه فلا يملكه كما لو
باض الطير في أرض إنسان أو فرخت فإنه لا يملك لعدم الإحراز فلا يشكل بما إذا باع عسل النحل في أرضه فإنه يملكه بمجرد
اتصاله بملكه من غير إحراز أو سهولة موضعا لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها
بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فإنها ليست فيها على وجه القرار قال ولا بيع الطير في الهواء
بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاد وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذ و
أرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر
وذكر في فتاوى قاضي خان فيمن باع طيرا له في الهواء إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه
وإلا فلا ولا يجوز بيع الحمل أي الجنين ولا النتاج أي الحمل وهو حمل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل
الحبلة والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج هنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا
ثم جعل يسمى به المحمول كما سمي بالحمل وإنما دخلت عليه التاء إشعارا بمعنى الأنوثة فيه وقيل الحبل معناه أن يبيع ما سوف
يحمله الجنين إن كان أنثى وكان في الجاهلية يتبايعون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غررا وهو
ما طوي عنك علمه قاله في المغرب وفي الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا كبيع السمك في الماء
والطير في الهواء قال ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة الغرر يجوز أن يكون الضرع
منتفخا بغير لبن أو الحرز نهي عنه والنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية
اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بغير المبيع
من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من أوصاف الحيوان
لأن ما هو متصل بالحيوان تبعه وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه
ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فإن قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها أجاب بأنها تزيد من أعلاها
فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركت أياما بقي الخيط أسفل عما في رأسها الآن والأعلى ملك
المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه وأما الصوف فإنه ينمو من أسفله فإذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما
فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله فإن قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصيل يمكن قلعه ويقع البيع
فيه من حيث القطع لا يكون وقوعه من حيث القلع فيتقلع وأما القطع في الصوف فمتعين ولم يعهد فيه القلع أي النتف
فذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في
ضرع وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف فيما روي عنه جواز بيع الصوف على الظهر قال وجذع في
سقف إذا باع جذعا في سقف وذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص والكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع
أو لا لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما إذا
لم يكن في التبعيض ضرر كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فإن بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن
الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد

البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجوده
احتمالا أي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فإن قيل بيع الحنطة في سنبلها ونحوها بيع ما في وجوده احتمال فإنه شيء
مغيب في غلافه وهو جائز أجيب بأن جوازه باعتبار صحة إطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فإن الحنطة إذا بيعت في سنبلها
إنما يقال بعت من الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد إعمالا لتصحيح لفظه وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب
القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه إذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم
يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة فأوضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول
الفقه قوله وأما الجذع فعين موجود إشارة إلى إتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين
موجود والغرض فيه والنوى والبزر ليس كذلك فإن قيل إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة
وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وإن كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أجيب بأن
المبيع وإن كان موجودا عينه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم متأصلا بمعنى أصليا لأنه اعتبر
عاجزا حكما لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فإنه عين مال في نفسه وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض
فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد فإذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجيء تخصيص العلة
وطريق من لا يرى ذلك كما تقدم قال وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص إذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر إذا ألقاها ومنه نهي عن ضربة القانص وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص وهو الغواص
على اللآلئ وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول ولأن فيه غررا
لجواز أن لا يحصل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شيئا قال وبيع المزابنة الرفع فيه والجر فيما
تقدم جائز والمزابنة وهو بيع التمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيله على النخل من التمر
خرصا وظنا لا حقيقيا لأنه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق على الرأس ثمر إلا بالتمر المجذوذ كالذي تقابله من المجذوذ لا يجوز
لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه
باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لأن فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كان موضوعا على الأرض
وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز
فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص
في العرايا وفسرها بأن يباع التمر الذي على رؤوس النخل بخرصه تمرا فيما دون خمسة أوسق وأن الضمير في قوله بخرصها على أنه
جميع التمر وقلنا بالقول بالموجب وهو أن يقال سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا لكن الأحاديث الدالة
على ذلك لا يمكن حملها على ما ذكرتم بل معناها ما هو العطية لغة وتأويلها أن يهب الرجل تمر نخلة من بستانه
لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع
في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وبه نقول لأن الموهوب لم يصر
ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا مجازا لأنه في
الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة

على من انتقل لما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر والثاني انه جاء في
حديث جابر بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة وحقيقة الاستثناء من البيع حقيقة لوجوب
دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان الراوي ضم النظر الى موجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير
بيان في قوله صلى الله عليه وسلم المنهي عنه بيع الثمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة
البايع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها وبيع الملامسة هو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها
المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضي مالكها بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض الرجلان على السلعة
فيجب على مالكها الزام المساوم لها عليها ايا ما فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم
الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب بشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ان يمتنع من بيعه وهذه
كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة
والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما وان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار
لانه بمنزلة ان يقول البايع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته او اي ثوب لمسته بيدك فقد بعته او اي ثوب نبذته
اليك فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا
وقد تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق
والحشيش كذا روي عن محمد رحمه الله وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى
يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعي فلو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز
وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ او لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ فلانه غير
مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلث الماء والكلأ والنار
وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء
من الابار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة وكذا لو منع من الدخول في
ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتشه فتدفعه الي او تدعني
آخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت بنفسه واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية
ذكر المحيط والذخيرة والنوازل انه صار ملكا له وليس لاحد ان ياخذ بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز
بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ
فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها
على استهلاك عين مباحة ولو انعقدت على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباحة
اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق
بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والتطوئة ولم يذكر ان اجارة الكلأ
وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال ولا يجوز بيع

النحل

النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يجوز بيع النحل وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول
الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم المانع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز
بيعه وكونه غير ماكول لا ينافيه كالبغال والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الحشاش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير
ارايت ان رجلا باع عينا بكم يرده وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما يخرج منه جواب
عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل قوله ولهذا لا يجوز بيعه
احترازا عن بيع الجحش والمهر فانهما وان كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله بما يخرج
منه ولان ثمرات الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه باقيا كوارة بضم الكاف وكسرها
وهي عسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل وفيها من النحل يجوز بيعها تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه
لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يتبع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب
والطريق ثم قال القدوري حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من
حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز
دود القز وبيضه وهو البزر الذي منه يكون القز لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع
بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد رحمه الله لكونه منتفعا به ومكان القز وفي بيضه قيل
وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان القز
ونقل عنه انه مع ابي حنيفة كما في دوده ومن العلماء من شرح ان ابا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كانت
تابعا فيجوز والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا يبيع
الطير في الهواء وانما ذكره هنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه كذلك قال
ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا
في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كما اذا باعه من رجل يزعم انه عنده لان النهي عن بيع المطلق منه ومن هو غير آبق في حق
المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب
الشراء بالاتفاق وان قبضه ليرده فاما ان يشهد على ذلك او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك
قبل الوصول الى المولى يهلك على المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لكونه باللزوم
وبالملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانة واما
الملك فلان الضمان يثبت الملك عن الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني فيجب ان يصير قابضا لانه
قبض غصب وهو قبض ضمان فينوب وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف
وقول المص يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى تسليم قول ابي يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو
عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم لان البايع لا يقدر على تسليمه والمشتري
ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبعض مشايخ بلخ رحمهم الله

ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت
العقد فانعدم المحل ضمنا كما اذا باع الطير في الهواء او الحوت في الماء او عرض بان الاعتاق يجوز ولو
فات المحل الجائز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو لا يرتد التوى بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى
ينافيه وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبايع ان امتنع من تسليمه والمشتري من قبضه
اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان المالي لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع
وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد
وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا رفع المشتري الى القاضي فطلبته التسليم وعجز البايع عنه وفسخ
العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال ولا يبيع لبن امراة في قدح قيل يقول في قدح لبيع
ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كما بين البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وقال
الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جايز كسايل الالبان وعقب بقوله طاهر احتراز عن الخمر
فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس
بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف
كبقية اجزاء الآدمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انفصل من الاصل الا ترى ان
الجرح اذا اتصل به البرء سقط الضمان وكذا الشعر اذا نبت قوله وسوى الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان
يكون دليلا آخر وتقريره الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون
عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين اللبن الحر والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه
يجوز ايراد البيع عليها فيجوز على جزئها اعتبارا بالكل والجواب انما اعتبار محض وجود الفارق فلا يجوز قياسا انه
ان الرق حل فعلها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق
بمعنى العتق وسوى المحل هو المحل ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا حيث في اللبن
لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع ويجوز عن قوله مشروب طاهر انه احترز به كونه مشروبا مطلقا في حال
الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لا محل الضرورة
فانهم لا يتبوؤن الابلبان الجن عادة ولكن لا يزال ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليس بمال فلا يجوز بيعه
قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه
الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين لا يجوز بيعه اما نانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لا غير لا يحل
عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا
قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبايع وقال ابو الليث اذا كانت الاساكفة لا
يجدون شعر الخنزير الا بالشراء يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى من اقبل الى
كلمن ينبغي ان يحمد لهم الشراء ولو وقع في الماء آسن عند ابي يوسف لان الطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في
حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يتيمم لان الطلاق الانتفاع بدليل طهارته

وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لانه
خرز النعال والاخفاف لا يتاتى الا
به فكان فيه ضرورة ومنع ابي يوسف
انه يكره لان الخرز يتاتى بغيره والاول
هو الظاهر لانه الضرورة تبيح محله فالخنزير
اولى

ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره وقيل هذا إذا كان منتوفا وأما المجزوز فطاهر
كذا في التمرتاشي وقاضي خان **قال** ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها لأن الآدمي ... لا يجوز وعن
محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون
به ولو كان نجسا لما فعل إذ النجس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الآدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء
من أجزائه مهانا مبتذلا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة
والواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي يفعل بها ذلك فإن قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير من إعزازه فيما تقدم وجعل
بيع شعر الآدمي إهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا لأمرين متنافيين أجيب بأن البيع مبادلة
فلا بد فيه من المبيع فإن كان مما حرمه الشرع فبيعه ومبادلته بالمحترم إعزاز له فلا يجوز لإفضائه إلى إعزاز ما حرمه الشرع
وإن كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بالخسيس كذلك إهانة له فلا يجوز لإفضائه إلى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك
من البيع في شيء وإنما هو من وصف المحل شرعا ثم إن عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لأن شعر غير الإنسان لا ينجس
بالمزايلة فشعره وهو طاهر أولى ولأن في نبات الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي رحمه الله نجس
لحرمة الانتفاع به وهو مجروح بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء أي في أصول
شعورهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع بها لنجاستها قال صلى الله
عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد تقدم في كتاب الصلوة فإن قيل نجاستها
مجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك غير مانع كالثوب النجس لأنا نقول إن هذه الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة فما
لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فأما النجاسة في الثوب ليست بأصل الخلقة بل مجاورة
بعد أن لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغير حكم أصل الثوب من حيث الانتفاع به وجاز بيعه كذا في الجامع لشمس الأئمة
السرخسي فإن قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية في أين الإجزاء فالجواب أنه نهي عن الأفعال الحسية
وهو يبين طالع النفرين تطلع عليه ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ لأن تأثيره في إزالة
الرطوبة كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ فلا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها
والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلوة والفيل كالخنزير نجس العين
عند محمد رحمه الله اعتبارا بحرمة اللحم وغيره قال لا يباع عليه الركوة وإذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع
يباع عظمه لأنه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين كالكلب وساير السباع قال وأبيع
عظمه إنما يجوز إذا لم تكن عليه دسومة وأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه **قال** وإذا كان السفل
لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز
لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع فإن قيل الشرب حظ من الأرض ولهذا قال في كتاب الشرب إذا
اشترى أرضا لم يذكر الشرب فينبغي أن لا يجوز أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات
ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء لوجوب الضمان عليه بالإتلاف فإن من سقى أرضه من نفسه ماء
غيره يضمن ولأن له حظا من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهدا لرجل بشراء أرض بشربها بألف وآخر بشرائها

بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفتا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر
الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعهما تبعاً للزوالها باعتبار التبعية **قال** وبيع الطريق وهبته جائز
بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوماً بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر وان لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى وهو شيء
محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا
يدري قدر ما يشغله الماء القيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة
السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز ايضاً ذكره قاضي خان وهو من اصل محتمل
المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة وفصل في كتاب القسمة لحق المرور
قسطاً من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى
لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث
الثمن لان لصاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤوس لان صاحب القليل يساوي صاحب
الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطاً من الثمن وهو دليل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه
ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر
وكذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما تقدم آنفاً وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا
يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما
بالبيان والتقدير كما تقدم وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او على الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال
ولا يتعلق به بيع لكونه مجهولاً لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول لما ذكر فاذا الفرق في المحتمل الاول من
الروايتين اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلجئ الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله لان حق
التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض
فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها فظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان التسييل
في الارض حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه **قال** ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى
قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنساً واحداً لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح
لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت والافتراش والاستيلاد والذي
يصلح لها الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى
في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع
اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب
الى زندنة قرية ببخارا جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شرح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة
الى المبيع وذكر تسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه
فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية
لبيان الماهية يعني موصوفة بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجرداً عن بيان الصفة والابلغ في التعريف اقوى

وان كان مما يكونان جنساً واحداً فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا
للتسمية لان ما سمي موجود في المشار اليه فصار حق التسمية مقضياً بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب
النكاح في تعليل محمد فاذا باع كبشاً فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه فانه
اذا خرج عن كونه معرفاً جعل للترغيب حذراً عن الالغاء فصار كمن اشترى عبداً على انه خباز فاذا هو كاتب فهو
بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر
ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام
والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص من المشروط الغاية كان له الخيار وان كان زائداً فهو للمشتري ونص الكرخي
على ذلك في مختصره ولكل منها وجه وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجاً الى الخباز فبالزام الكاتب
يتضرر فلا يتم منه الرضا واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة تخير وان وجد
احد عشر فهو له بلا خيار **قال** ومن اشترى جارية بالف درهم ثم اشترى شيئاً بالف درهم حالة او نسيئة
فقبضها ثم باعها بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافاً للشافعي وهو يقول الملك قد تم فيها بالقبض
والتصرف فيه جائز من غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض
وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص
آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون
بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي جوزه قياساً على الاقسام الباقية
وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضاً بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة
يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امراة سالتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم
الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم
معتذراً فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة
هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من
رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً وان زيداً اعتذر اليها وهو دليل على
كونه مسموعاً لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان احد منهم يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز
ان يكون الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب ان مذهب عائشة جواز البيع الى العطاء
وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع ان ابتاعه عن
هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد
للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها آية الربا دليل على انه للربا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا
يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالدة بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمه
بل للتفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً واما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم

طارق الرجل بين ثوبين اذا ظاهر بينهما اي لبس احدهما على الآخر جوهري

القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز
بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشترى من البائع بواسطة مشتر آخر لانه
لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن
قد تخلل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري
ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف
ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر رحمه الله لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم
والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فتتحقق فيه شبهة الربح قال
ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل
نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم
يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وقبل نقد الثمن فساده ونوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع
فاسد ذكره العلماء من الايقان شمس الائمة وفخر الاسلام في جامعيهما ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة
في الكتاب لما ذكر لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور
واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا ما الفا وخمسمائة جاز
ونحو ذلك وليس البعض بالحمل عليه اولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات
الجواز يشبه التضاد في الوضع فلا يكون صحيحة على انه معارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة
ومائتين وثلث مائة او اقل او اكثر فتتعدد جهات الجواز وليس البعض اولى وبدل كل جهة تصلح ان تكون علة الجواز
فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز ثم يحتاج علينا ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على المعروف والاولى ان يقال
جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد منها الى غيرها
لان الفساد ضعيف فيها لانه امر مجتهد فيه لخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان
كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على ما
لم يقع بعد واما ثانيا فلان ابا حنيفة ابطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية
مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساده الى المروي
في المروي واما ان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل
نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري
عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة
من وجه وتلك شبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما ان الفساد طار فلوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجارية
وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باع اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على
قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فيفسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدى

الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة
العقد في الآخر والبيع جائز في العبد لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه
غير نافذ لحق المدبر وذلك الحق غير ثابت في العبد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعهما بالف واشتراها
قبل نقد الثمن بخمسمائة تقاصا خمسمائة بخمسمائة بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب
وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طروه فلا يسري الى غيرها قال ومن
اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو
فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى ان يكون وزنه اقل
من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين يخالف مقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا
لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال
البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض
او في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان
كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة فالقول قول المنكر مع يمينه
فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا
ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والعقد فيه الاختلاف الاشيائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل
واحد منهما مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد قال واذا
امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل
المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية
ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة
رحمه الله المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف فيما يجري
به والنصراني في ذلك والثاني اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الشروع عن الاثر
الى صحته ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير ان ينال الورثة امر جبري والتوكيل
اختياري فانى يتشابهان ولان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة التوكيل جبري كذلك ثبت
بدون اختياره كما في الموت الا يرى ان الماذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها للمولى وان اسلم لانتفاء
ولذا يثبت للاسلئتان ولم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا
سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يولي غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد
بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع
خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع
والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسية مدفوع بان حقوق العقد في النكاح يرجع الى الموكل
والوكيل سفير لا غير قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط

وذكر اصلا جامعا لفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت
مطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا
ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا
ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط
بلا تردد وكذا لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة
ليس بشرط حيث افاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل
بشرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف
ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي
النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض
عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد
فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها مما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض
وهو ربوا لا يقال لا تطلق الزيادة الا على المجانس المقدر عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه لو
جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شيء في العقد فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن
مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرايع وفيما اذا كانت فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع
المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان
البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة
لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب لهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا
ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في اخر
المزارعة لان المشتري به يتضرر حيث لا يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه
منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر ولذا قلت
من الظاهر بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط
لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشروط
يقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة ولم يترجح احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الاخر فعملنا بهما وقلنا انه
فاسد وهو ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض
الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول
فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وقد فسر في المبسوط البيع بشرط العتق وفسر الخصم بان يبايع ممن يعلم انه
يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره الخصم صح قوله بقياسه لانهما غيران فيصح قياس
احدهما على الاخر نظرا لجامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد ان يفسر قول الخصم بقياسه بمحجة لانه
النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير يثبت بحديث

بريرة

بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت
بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهما في معناهما في
هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف في الاصول
والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب
عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا
ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس
وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام
فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة معنى الافعال
كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجب
عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه اخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير
والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط او لانه فانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي
حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف بما يغاير الاطلاق ولكن من حيث حكمه
يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت
الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد فقد تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز
عملا بالدليلين وتامل حتى لتتامل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهي ان الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا او لا
فان كان الاول فتحققه يقرر الفساد لما لا يدفع فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد
من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند
الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم ينعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا
اتلفه بوجه اخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه بتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة
فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مجيز في الاجازة والانتهاء انما
يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت **قال** وكذلك اذا باع عبدا
على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولم يستدل بالحديث لان المراد به الشرط المذكور وانما قال على ان يقرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعتك من
الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانه لم يلزم الاجنبي لانه اجنبي عن المشتري لانها
ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه يتحمل على الى ضمان بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان
النبي عليه السلام نهى عن بيع وسلف وايضا اشتراط الحرفة والسكنى سيلزم صفقتين في صفقة كما ذكر في المتن
قال ومن باع عينا على ان يسلمها الى راس الشهر فالاجل في المبيع العين باطل لان فائدته تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها
في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان

ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه
وهو ثلثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه
كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجر دارا على جارية الا حملها او رهن
جارية الا حملها او كاتب عبدا على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه
من حيث انها معاوضة والبيع تبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا
فيها فيفسدها وذلك لما ذكر من الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا
القبيل وقد تقدم في اول البيع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره والبيع
يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على الحمل تابع فيصير
ذكره شرطا فاسدا اقول عبارة المصنف في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط
الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته
دخل في البدل وانما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان
الكتابة تشبه البيع انتهاء لانها في حق المولى ولا تصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح
من حيث انها تكون مالكا في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد
وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات
والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى
وابطل شرط المعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء
واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان
الوصية فلانها ليست من المعاوضة حتى يبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكرنا ان الوصية اخت الميراث
والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر صحة
الخدمة على تاويل المذكور واعترض على قوله والاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه والخدمة في الوصية
مما يصح افرادها بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤه واجيب بان هذا العكس غير لازم
ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصي له
بدون القبول اذا مات الموصي له قبل القبول فلا استثناء له لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول ان اعتبرتم الوصية عقدا فالحكم
الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد وذلك تعتبروا
ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فالفرق بينهما مشكل وان منعنا العكس وجدنا ان لا
منعنا الرفع وللفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء تقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فلا يصلح ان يكون موروثا كالحمل صحيحا
ولم يصلح الخدمة معناه قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ثم تعقد ونحو ذلك فلا يعين كلا منهما صفقة
في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة فكانا سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال

الاجارة والعارية وههنا صفقة لانه ليس فيه احتمال العارية قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه البائع بالمثال قطعها به
فهو تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه اذ الاديم هو الذي يقطع بالمثال ويترك النعل ويوضع عليها الشراك وسيسمى الذي على ظهر
القدم ومن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه
اجماعا فعلنا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان
وفيه عقد على العين وهو الصبغ ومع ذلك جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز ونحوه ففيه وزاد ايام
من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام
فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة الى الجهالة
في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذه الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا
يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام
معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع و
والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس ودياس ووطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب
الكرم والنتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات
غير جائز بالجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة الا ترى انها يحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه ولي لكون الاصل
اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعايشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى
العطاء وان احتمال التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنه منعه ونحن اخذنا بقوله ومن اقرب شيء
الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كان في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يحتمل الجهالة
في اصل الثمن لم يكن يحتملها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ
هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود
في جهالة الوصف فيمنع واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه
بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه
الآجال اعني النيروز ونحوه ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات وقبل الاخذ في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج
انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على ما
واما على قوله في النكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا لان اسقاط الاجل من جانبه فيعمل في حقه
ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة انما يتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد
قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا زال الجهالة قبل تقررها في ابتداء العقد يعني بسقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزائد وهذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت ان الفساد فيه
في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا

وإذا باع إلى أن يهب الريح ثم أسقط الأجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الأول بأن الفساد فيما نحن فيه من الشرط فهو قوي كما لو كان
في صلب العقد والأجل بري أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لا تنقلب صلوته جائزة وعن الثاني بأن هبوب الريح ليس بأجل لأن
الأجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه وقوله ويخالف النكاح جواب عن قياسهم على النكاح وتقريره
أنا لو قلنا إن العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر الفساد وهو يشبه أن عقدا لا ينقلب عقدا آخر والنكاح إلى أجل متعة وهي
عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب أي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد
بإسقاطه لأنه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة إذا جمع في البيع بين حر وعبد أو شاة
ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
إن سمى لكل واحد منهما ثمنا مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد ولكن لو جمع بين
عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر رحمه الله فيهما أي في الفصل الأول
أو في الجميع جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر فإن قيل متروك التسمية مجتهد فيه
فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكية كبيع القن مع المدبر أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطاء لمخالفة الدليل الظاهر
وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى أن القاضي لو قضى بحله لا ينفذ قضاءه فكان بمنزلة من جمع بين الحر
والعبد في البيع لزفر رحمه الله الاعتبار بالفصل الأول يعني جمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولأبي
يوسف ومحمد رضي الله عنهما أنه إذا سمى لكل ثمنا أن الفساد بقدر المفسد لأن الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر
كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما إذا جمع بين أجنبية وأخته في عقد النكاح بخلاف
ما إذا لم يسم لكل واحد لأن ثمن العبد مجهول ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن أن
لا يدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون
الآخر وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا
وفيه بحث أما أولا فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وح لا يكون قبول العقد في الحر
شرطا للبيع في العبد وأما ثانيا فلأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى
يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثالثا
فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطا لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد
في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة في
مثله إذا لم يكرر لفظ البيع أو الشري وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه
إذا باعهما بألف وتخرج على تقابل البدل فكأنه قال بعت منك العبد بخمسمائة على أن تسلم إلى خمسمائة أخرى فينتفع
بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه
ولذا ظهر هذا الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح
بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد أراد
بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فإنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فإنها باعتبار الرق والتقوم وهما

موجودان وقوله ولهذا ينفذ يجوز أن يكون توضيحا لقوله موقوف فإن البيع في عبد الغير موقوف على إجازته وفي
المكاتب على رضاه في أصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي
حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد رحمهم الله بناء على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على
خلاف الإجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في أصول الفقه
فإن قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل إذا لم يجز الحكم
ولم ينقض القاضي بجواز بيع أم الولد والمدبر ويدل على ذلك تمام كلامه ههنا ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية فإن الإجماع
وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله وإذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع إلا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد
فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسدا إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا
أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي
بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا
بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيما إذا
إذا جمع بين القن والمدبر **فصل في أحكامه** وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به عقبه ذكر
أحكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير تام إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى
صحيح وباطل لا غير فإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع يعني بإذنه وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته
القيمة وذكر القبض لترتب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئا وإن اتصل به القبض وأمر البائع يعني
الإذن في القبض أعم من أن يكون صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فإن لم يكن
بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيده مطلقا وقيد أن يكون في العقد عوضان كل منهما مال لفائدة سنذكرها وقوله ملك
المبيع قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون المبيع في البيع الفاسد حلول التصرف لا مملوك العين وقد تقدم
الكلام فيه وقال الشافعي القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لأن المناسبة
بين الأسباب والمسببات لا بد منها ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية إذ النهي يقتضي القبح والمشروعية
تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر
بالدراهم أو الميتة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله لأن ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله لأن الكلام فيه ولا خلل في العاقدين مضافا إلى محله كذلك وكل بيع كان
كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال قد يكون النهي نافيا لذلك لأن النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور
ليكون النهي عما يتكون فيكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه
نعمة الملك لكن لا تقرر فيه قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصف مجاور كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد تقرر بأصل
في التقرير على وجه لا ... واعترض بأن المحظور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل المتصل
فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وأيضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد وأجيب بأن غرض المص
ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعم الخصم والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وكان غرضه

ان حكم النهي عنه ليس البطلان كما بين عبد الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك
قوله ولهذا لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقريره ذلك
انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البايع تسليم المبيع لانهما من موجب العقد فيتقرر الفساد وهو واجب
لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجب تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد
يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن طالبه اصلا للتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة
والاقتضاء والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعوض عنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفد بعده لان كل ما يمنع
ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه
ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت
الملك فيه معلق بسقوط الخيار يعني لانه تقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لا يختلف
بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط امر خارج عن القبض وعن الثاني
ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن ضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك الى المضمون له لا يجتمع الضمان
لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها قوله ولان السبب دليل الحرمة على ان
البيع الفاسد يفيد الملك بعد القبض وتوجيهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط
اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه
كالهبة في احتياجها الى ما يعضد العقد من القبض قوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه
على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال والبيع بما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر ثمنا وهو اذا
اشترى الخمر بالدراهم فقد مر جوابه يعني في اوايل البيع الفاسد عند قوله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين
كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وهو شيء اخر اي بل
امر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها
فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابله الدراهم او الدنانير في البيع هو مثمن لتعين
الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور المبايعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا
ببطلانه قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع الى اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس
العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر صاحب الايضاح وسماه
الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البايع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وعن الرواية المشهورة وجه
الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى
به على ما في القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع
الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت بمقتضاه شرعا
والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا
ما دام في مجلس العقد لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض

في باب الهبة وانه بمنزلة القبول في حق الحكم وكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف
عليه وشرطها ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا
الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه
الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان
وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة
فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض
فشابه المغصوب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا
تعذر قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ
البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ
امتناعا عن ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي يعني في احد البدلين
كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بالشرط الزائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان
ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند ابي
يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل واحد منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط
ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل
يطلب في شرح الطحاوي وقيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد
المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد في العقد فتعين الالزام فيتمكن كل واحد
من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه
لانه ملكه بالقبض وكل من ملك الشيء بالقبض يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله
كالبيع والهبة وقيد بان المبيع لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكر في شرح الطحاوي فلم
يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا رحمه الله نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله لان البايع سلطه
على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني ان الوطء لا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب لان سلط
فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى فجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل
واذا كانت البيع نافذا سقط حق استرداد البايع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع
الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف
ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداد وكذا اذا مات المشتري وورثه وارثه المشتري وان تعلق بذلك
حق العبد فكان ذلك نقضا واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف ينفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في
نسخها كما ياتي ولم يذكر محمد رحمه الله بفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج ليس بمثابة الاجارة لوروده
على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح

قايم مقام الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض
فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البايع لورثته ان يستردوا المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا اوصى المشتري
بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك
متجدد له بسبب اختياري لا في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم لان الصحيح الخ حق العبد منقوض
بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه
بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل آخر على سقوط
حق استرداد البايع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني
مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه ولا في ركنه ولا في عوضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد
لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البايع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط
البايع الاول حيث كان القبض باذنه فلو استرد لنقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض بما لو استرد قبل وجود البيع
الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلام المشايخ يدل على الفسخ فانه ان تم فاذا باع المشتري
فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر ولذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامر ابتداء فيكون الاسترداد نقضا
لما تم من جهته قوله بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق العبد بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض
تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب
ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل ان الشفيع
وحاصله ان تعلق حق العبد انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنه واما اذا كان ما هو ارجح فلا وحق
الشفيع ارجح لانه عند صحة الاخذ يتحول الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط
من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف
ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير
فقبضه البايع واعتقه او باعه بيعا صحيحا او اعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه او وهبه وسلمه باذنه
فهو اي فعله من هذه التصرفات جايز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ
واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والاعتاق قد اهلكه فصار كالمغصوب هلك وقيد الهبة
بالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر انفا قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع
لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود
بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس تخصيصهما بعود الاسترداد بزيادة فايدة لانه
ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل قضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبايع ولاية
الاسترداد لعود قديم ملكه اليه وعود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا
كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله
وهو اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تنفسخ

بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل في الجانبين اشارة الى الدليلين
فيها قال وليس للبايع في البيع الفاسد ليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة
التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذ البايع في مقابلة المبيع عوضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم
ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض وكان له ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ الثمن
من البايع كما في الرهن لكنه بغير رهن ووجه آخر وهو ان الرهن مضمون بعقد الرهن لا بغيره وهنا المبيع مضمون بجميع قيمته
كما في الغصب وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته لما تقدم من ان للمشتري حق
منع البايع من المبيع الى ان ياخذ ما دفع اليه وكل من تقدم عليه حال حياته تقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن
فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم
الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والقرض
الفاسد وتوسيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع
الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البايع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه
مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد وذكر امر المغصوبة بتعيين للرد يجب رد عينها اذا كانت قايمة وان كانت
مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوايد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فكل
فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا بيعا فاسدا من باع دارا بيعا فاسدا فبناها
المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها
وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق
البايع لانه يحتاج فيه الى القضاء او الرضاء ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك ولو
تقدم ان البايع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف لما لم يبطل بشيء فالاقوى لا يبطل به وهو
بين يدي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البايع كذلك ولابي حنيفة ان البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط
من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع لان التسليط لم يوجد منه
ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه ياخذ الشفعة بالبيع الثاني بالثمن او الاول بالقيمة
ويكون الشفعة في البيع الفاسد لان حق البايع قد انقطع بهما وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق
البايع لوجوده منه وقول المؤلف تنبيه ان قوله مما يقصد به الدوام ايضا لنفي الحجة قيل وفي الدخل فيها اشارة الى
الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكر ذلك ليلحقهما بالبيع في كونهما
لما قصد به الدوام اشبه البيع وكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع ولذا ثبت به كان للشفيع ان ياخذ
بالشفعة لانقطاع حق البايع في الاسترداد بالبناء لصيرورته بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري
واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البايع بطريق الاولى لان فيه اعدام
الفاسد ولهذا قال المؤلف ينبغي ان لا يأخذ البايع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه ان ينسلط نقضه لمسلطنا تبقى
الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا انتقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البايع في الاسترداد لوجود المقتضي

العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ثم رد عليه المبيع بما هو فسخ ولم يوجد
مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهو ان لو نقض انما نقض من
ابقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم
الى الشفيع وروى وجوب القيمة في هذه المسألة عن ابي حنيفة يعقوب رحمهما الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن
ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فقال عند ابي حنيفة
للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق
البائع لان وجود الدور بدونه لانه محال وعلى من ان حفظه بت ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في
انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته لمحمد رحمه الله قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذه المسئلة هي المسئلة
الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما
رويت لك انه ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية
حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد ذكر المصنف قوله
شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والاحرى في الجامع الصغير
لانه تصنيفه الا ان يراد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رحمهم الله قال ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كما عداهما
والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني
يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى
البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومع عدم التعيين
فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يمسكها ويدفع الى البائع غيرها لان الثمن يجب في
ذمة المشتري ولا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في المبايعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها
لا تتعين واما على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب وفي غصب جارية وباعها بعد
قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان الخبث للملك الحرام يؤثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رحمه الله يطيب له الربح لان شرط
الطيب الضمان وقد وجد ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث
سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها او كان
كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن وان يحصل في
الاول حصل ملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل الى مال الغير لا بيان جنس الثمن وقدره ووصفه لم يرد بين منه حال
العقد وذلك حصل مال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة

الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة وحصول الربح لم يكن على ملك الغير من كل وجه بل الدافع شائبة ملك فهي شبهة الخبث
وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة وهو تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن الذي كانا شبهة خبث حصول
مال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل الدافع شائبة ملك وشبهة الشبهة لا تعتبر لان النازل عنها قبل الحديث وهو ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة وهي الشبهة وهو يدل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة
فلما فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة
فقد يثبت به خلاف المدعي والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح
اعتبارها لئلا ينسد باب التجارة لانه قل ما يخلو عن شبهة شبهة شبهة فما دونها قال وكذلك اذا ادعى على رجل مالا
لآخر لي عليك الف درهم فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح لان
التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملكه بقبضه
بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا الملك لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك
لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ
ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذا استحق
قصدا في مقابلته لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** قيل
المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في
اصول الفقه ان النهي اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير قال ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري
في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ابتاع رجل فيه ان يزيد الثمن ويرى
خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وقد مر هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من
ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه السلام
لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم
الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل اخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره
لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بالطلب به الاول
من الثمن وكذلك في النكاح اما اذا لم يجنح فلا بأس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله عليه
السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب اي ونهى عليه السلام عن تلقي الجلب اي المجلوب
وصورته المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراد فذلك لا يخلو اما
ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط
وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فهو غدر وضرر
وهو قبيح فيكره وان لا فلا بأس بذلك قال وعن بيع الحاضر للبادي اي ونهى عليه السلام عن بيع الحاضر للبادي فقال
عليه السلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال فلا يخلو

اما ان يكون اهل الحضر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا يكون اللام في للبادي بمعنى عن وقيل في صورته نظر الى الامر بتولي المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة **قال** والبيع عند اذان الجمعة اي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة **قوله** ثم فيه اخلال بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا يمشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال كل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى هاهنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد في معنى خارج زايد مجاور لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة تفسير بيع من يزيد ما روى انس رضي الله عنه قوله انها **نوع منه** اي من الذي يتفرع فيه نوع من البيع المكروه من ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر كره ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة **قوله** وهب معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو ما ينبئ عنه لجواز ان يقع ذلك بالبتة والمعنى المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد فيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها الحديث المراد بترك الرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك الرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار الاستيناس والتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في الكلام بلا ضرر للمولى والصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يعتبر المحرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما رضيعا للآخر او كان امه والآخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم او ولد خال او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من البيع والتفريق كما في الكبيرين وكل ما ورد فيه النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالد وولده والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله لان الصغير يستانس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض واجيب بان اشتراط الشيخ تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو الاستيناس والتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بين صغيرين او صغير وكبير قصدا من بيان ان ما عسى يجوز به الحاق الغير بالرتولة اذا ساواه ولا يساوي الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس وقد ظهر من هذا تبين انه ليس في القرابة المحرمة ولا في ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح والاصل فيه حتى يلحق به فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع ان كان احدهما صغيرا

فكانت العلة منقوضة ولزم النقض على القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا كان احدهما في ملكه والآخر حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبر او استولد ان كانت امة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية بنفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق بعد انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما كما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا او كبيرين جاز بيع احدهما استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشترى بهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضى امه ولزم التفريق ولو تاملت ما مهدنا لك تبين لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به ولا يقال المنع عن تفريق التزويج مع وجود الملك المطلق لما اضر فكيف يحتمل لانه لو لم يحتمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو لزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التزويج لرفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شراء تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشآن فيها وفي ذلك ظاهر في الدنيا بعرضية الاسر والقتل وفي الآخرة لانه ظاهر ان ينشآ من صغرهما بينهم ان يكونا على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين يدفع ضرر الصغير بالاضرار للمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رده للعيب عن المعيب ضرر من كل وجه وفي الزامه العيب اضرار للمشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعتق والمكاتب صار احق بنفسه فيدور معه حيثما دار الخوف ويتعاهد امره على ما اراد ولا اعتبار لخروج عن ملكه بعد حصول المعنى الموجب في بقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاضرار عن الصغير وبهما فلما رضيا بالتفريق انتفى الضرر فيما عدا الاخيرين فلا يكون في معنى الاصل فيثبت كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا او مماليكه او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد من هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك **قوله** ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم توضيح في اثناء الاسولة وجوابها وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه يختار بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى **قال** فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان قيل كره ذلك واطلق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنايم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك وليس بين خارجتين ردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع

وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع آخر ممن باع منه اجل منهما
قوله فان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانهما ليسا في معنى ما ورد به النص يشير الى ان ما في معنى المنصوص يلحق به دلالة
النص كما قررناه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا اختين روي ان المقوقس امير القبط
اهدى الى رسول الله عليه السلام جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية
فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت كان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر
في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره
التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع **باب الاقالة** لما فرغ عن بيان البيع الفاسد
والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب
كما في سلب البيع بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته
يوم القيامة ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما ترتب عليها من الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا بمشروع
ولان العقد حقهما وكل منهما يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط
باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن
الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل
القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع
الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق
الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما ذكرنا ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال
بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالها ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ
فسخا في حق المتعاقدين لقيامهما فتعذر ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت العاقدين ٤
المبيعة بعد القبض ولهذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي
يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فتجعل فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا
فتبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا
تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه
استدل محمد رحمه الله بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يقال في حقيقته ذلك يقال في الدعاء
اقلني عثراتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر تحمل على محتمله وهو البيع لانه
بيع في حق الثالث واستدل ابو يوسف رحمه الله بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك
ولهذا تعتمد ثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كان
بيعا او محتملة لما انعقد البيع بلفظ الاقالة ابتداء وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على ما روي عن
بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما
عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فتبطل في محلها وما نحن فيه كذلك

ليس

لانها اضيفت الى الموجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة عليه
ارادة المجاز من ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يلزم منه
ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك بصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك
العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة رحمه الله
ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا مع محمد رحمه الله والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك يصير الى المجاز
ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين
للاخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يجعل البيع لم يكن ذلك اجاب المص
بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون
لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبايع بدل ظهر موجبه في حق الثالث
دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه ابسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال
الملك عن ضرورته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبايع من ضرورته فيثبت الملك لكل واحد
منهما بما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين
اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه اخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس
مقتضى الصيغة لان كونها فسخا مقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي
حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام انه من قبيل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه
اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة بعد هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز
ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا فاذكر
من الاصل نقول اذا شرط الاكثر في الاقالة على الثمن الاول فتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على
الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لان الاقالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة
خال عن العوض والاقالة ليست بيعا من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة
كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه لاثبات ما لم يكن ثابتا بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة
الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا
فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورته
من المسائل اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة
صحت بالف ولغى ذكر الباقي وان تقايلا بالاقل فاما ان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغى النقص ووجب على البايع رد
الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند
المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البايع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بقدر حصة
العيب او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه او لا وقال بعض المشايخ تاويل المسئلة ذلك هذا عند ابي حنيفة رحمه الله

وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد وإن كانت فسخا لكنه في الزيادة
غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فإذا أراد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الإلغاء ولا فرق في الزيادة
والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لأنه لو سكت عن جميع
الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى وأعترض بأن كونه فسخا إذا سكت عن كل الثمن إنما يكون على مذهبهما خاصة وأما على
الاتفاق فالأول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لأن أبا يوسف إنما جعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء
ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح ثمنا فإذا دخله عيب نسخ بالأقل يعني بالاتفاق لما بينا أن الحط
يجعل بإزاء ما فات بالعيب ولو قال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الإقالة عنده
لأن الولد مانع من الفسخ هذا إذا ولدت بعد القبض أما إذا ولدت قبله فالإقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكر في الذخيرة
أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة
كالولد والأرش والعقر لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وإن كانت الزيادة بعد القبض
إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة لأنه لا يصححها إلا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وإن كانت متصلة فهي
صحيحة عنده لأنها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقايل دليل الرضاء فأمكن تصحيحها
والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع وأما في غيره كالعقار فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده **قال** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك
المبيع يمنع منها لأن صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع لأن رفع البيع يستدعي قيام المبيع لأن رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع
دون الثمن لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فإنه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد
وإن لم يكن موجودا كما عرف في الأصول ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت
الإقالة بعد هلاك أحدهما أي أحد العوضين ابتداء بأن تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم تقايلا
البيع في الجارية ووجب قيمة العبد ولا يبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما
أما إذا كان أحدهما هالكا وقت الإقالة والآخر قائما وصحت الإقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الإقالة ولا
يشكل بالمقايضة فإنها لا تبقى إذا هلك أحد العوضين قبل القبض وكان أحدهما هالكا وقت البيع فإنها لا تصح مع أن كل
واحد منهما في معنى الآخر لأن الإقالة وإن كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك أحد العوضين
بخلاف المقايضة فإنها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالتحق بالبيع من كل وجه وهلاك
المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان قبل القبض وإنما قيد بهلاك أحدهما لأن هلاكهما جميعا مبطل للإقالة بخلاف
الصرف فإن هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الإقالة لأن لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في
المقايضة لأنهما لما لم يتعينا لم يتعلق الإقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض أو برد مثله سيان فصار هلاكهما
كقيامهما وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فحين هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه يرد الإقالة عليه واعلم أن الإقالة
تصح بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

صحة الإقالة في المقايضة

وقال

وقال محمد لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما أن الإقالة
لا تكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان الأنواع التي
تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع وجه تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه
بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم
لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب
جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه وبأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلو التعريف
وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول ومثله لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكا
للبائع الأول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا إلى الثاني لأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والأول ليس
بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مرابحة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال
الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوما يجوز به الشراء لأن الكل ثمن والثاني يقتضي
أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لأنها ليست بثمن في العقد الأول على اليقين ليس بشرط في
المرابحة أصلا فإنه لو ملك ثوبا بهبة أو وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسألة في المبسوط وقيل
فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الأول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه فإنه إذا المراد
البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بأن المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء وإذا قضى الغاصب بالقيمة عاد
ذلك عقدا لأنه يعتبر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في
المبيع أو قيمته بحرز رأس المال فكان من جملة الثمن الأول عادة وإذا لم يكن الثمن بعينه مرادا كان مجازا عما قام عليه من
غير خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة
للعادة **قوله** التولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث
لفظ العقد والثمن الأول والجواب الجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير إنكار ولمساس
الحاجة لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصنعة كاشفة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما
اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكر في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي
وانتفاء المانع ولهذا أي لاحتياج إلى الاعتماد كان مبنى البيعين أي بناؤهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها
ولكن بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصابه لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما إذا كان الثمن
الأول من ذوات القيم لأن المعادلة والمماثلة في ذوات القيم إنما تعرف بالحرز والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة
الخيانة كما لم يجز بيع المجازفة في الأموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لأن الحرمة مما يحتاط فيه **قال**
ولا يصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا يصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا أنهما مبناهما
على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات أن المشتري لا يمكن عن شبهتها لأن المشتري
لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما دفع فيه من الثمن إذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله إذ الفرض عدمه فتعينت

كالنقد والمكيل والموزون والعددي المتقارب والا عددي كالثياب والحيوان والجواهر المتفاوتة البشير والعددي المتفاوت

القيمة

وهي مجهولة لا تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البايع الاول
بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء
بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح
درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
فصار البايع بايعا للمبيع بذلك الثمن اليتيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة
وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان من نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان من غيره فلا يخلو ان يكون يطلق الربح
او ينسبه الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك
بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال
اجرة القصار والصباغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة
التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد
في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فتلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا
يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه العقد المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة
وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم
فانه اذا نفق على عبد في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم
وهو الحذق والذكاء واما النفقة على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرايض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان
فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان
شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما
اي في المرابحة والتولية وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يصير معلوما بها الا ان التسمية
وان كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة
وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية كالتفسير فاذا ظهرت
الخيانة تبطل صلاحيتها لذلك فيبقى ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول بحط الخيانة في
الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من رأس المال والربح جميعا كما اذا
اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح
درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول
وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة كما كان
من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضاء فلو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع او حدث فيه
ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الرواية الظاهرة لانه مجرد خيار
لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك وغيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث
لا يجب كل الثمن بل ينقص منه بقدر العيب لاجل العيب لانه لا يستحق للمشتري ثم المطالبة بتسليم الجزء الفائت

ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه ينفسخ البيع على
القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في وضع هذه
المسئلة وصورتها ظاهرة واما الكلام في دليلها فان العقد الثاني بتجدده يقطع الاحكام عن الاول وشرطا ومن وكل ما هو كذلك
يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتريه وقال ابو حنيفة شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد
الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد وكان على شرف
السقوط وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كالشهود اذا شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر
لتأكيد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة
فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع
المرابحة وهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح
مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان
بانه لو كان كذلك لما جاز الشري بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة
بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد
احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة واما
جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا لحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل عن فوائد العلامة حميد الدين
رحمه الله بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة
قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد
في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد
ملكا للمولى وان كان لديه دين يستغرقه وكسب عبده يضار كالبايع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب
الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن
المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد
للمولى شيئا لم يكن قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام في الاصل
الشهيد وقاضي خان ولم يقيد الطحاوي والعتابي الحقيقتين لما ذكرناه قال وان كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه
مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة
لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر ففيه شبهة العدم وجه قول زفر
ان البيع مبادلة المال بالمال وهو لما يتحقق ما لم يخرج عن ملك نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة
فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولايته بالكلية والتصرف فيه فيستفيد المشتري
المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة الا ترى

انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقد لغايته انقسام الثمن واما
ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المص بقوله لا يرى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في
البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة
العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك مستحق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا
شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيعه مرابحة على ذلك قال ومن اشترى جارية
فاعورت لان المشتري جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب
ولم ينقصها الوطء جاز له ان يبيعها مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن قوله وهذا لو صحيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن وهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى
المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع البضع
بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا ومما كان كذلك كان اعتبار المستوفى
من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه لو ردها فاما ان يردها مع العقر
او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى
الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط الحد فاعتباره
احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيعه في الفصل الاول ايضا في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو
قول الشافعي بناء على ان مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية او بصنع العباد
ولما اذا فقأ عينها راجع الى اول المسألة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني
اذا فقأ المشتري عينها بنفسه وفقأها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار
مقصودا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلان فعل الوكيل كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان
النقصان عليه فيكون للمشتري حابسا لجزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المص تدل
بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا
لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه قال والدليل على
الخلاف ما ذكر في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا اذا وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة
الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقاف
من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص ابو اليسر على انه بالفاء او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان
الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف
وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل
شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع
احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة يوجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان العلم بسلامة الاعضاء يزاد في الثمن

لاجل

لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسألة
اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انما هي في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول البائع
من كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في السلامة الاعضاء وقيد
المص الحيثية بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل
لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع
قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا وان لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال
وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري
الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان
استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة
ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد في مسائل منثورة
قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت
مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل هو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وفي
مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترون وينقدون
ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال
ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد بما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل
وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع وخير المشتري ان
شاء اخذ وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فاسدا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد
فلم يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم وفي صحة البيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه واما خيار المشتري فلخلل
في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية والحق به
فصل وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة وهو ذكرها في باب المرابحة استطرادا باعتبار
نوع ما يتعلق ان على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول قوله ويحول
فسر به لئلا يتوهم انه احتراز عن الذي لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه
حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام وهو تمسك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم
قال من اشترى احدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما
عداه بخلافه ولنا ان ابن عباس قال واحسب كل شيء مثل الطعام وفي ذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك
معروفا بين الصحابة وحدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه انه قال ابتعت زيتا في السوق
فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت
فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع السلع

حيث يتبايع حتى يحوزه التجار إلى رحالهم وإنما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فإن الهبة والصدقة جائزة
عند محمد رحمه الله قبل القبض لأن كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فإنه جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه
لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه والجواب أن البيع أسرع
نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لأنه
تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى قوله ولأن فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتوجيهه
في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لأنه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير
ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يندفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بأن
عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق التصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع
وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرر بالاستحقاق خاصة
فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا إلى
إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع
اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فإن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون
البيع فاسدا قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور
عليه في محله لأنه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار
نادر فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود فيمتنع انتفاء المانع في العقار
فإنه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لأنه إذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري الثاني
لا يملك المشتري الأول الرد وفيه نظر لأنه ترد عليه بقضاء عاد له الرد فالأولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ
وما ذكر غرر الفسخ إذ كان الهلاك في العقار نادرا لما كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم
يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والإجماع واعترض بأنه تعليل في موضع
النص وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام
دخله الخصوص لإجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس
على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لأن المراد بالحديث الذي نهى عن بيع مبيع لم يقبض بحديث حكيم بن حزام إذا ابتعت
شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا أنه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملك الذي ثبت بسبب من الأسباب لكن الإجماع لا يصلح مخصصا
سلمناه أصلا حتى يسند إليه ذلك لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام بعد احتماله التناول له وإذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ
لا يحتمله تناوله اليقين ذلك لأن الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا وعلى أن ذكر ذلك سنح لي بين الوضع
بتوفيق الله على وجه يندفع جميع ذلك وهو أن يقال الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا بعموم قوله تعالى
وأحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه
بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أولا فإن كان فقد

ثبت

ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا إلى الأعرج عن أبي هريرة
أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا لأن في ذلك إعمال المثبت والتوفيق صح والإعمال
متعين بالمحالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مخصصا بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض
مثل والله أعلم بالصواب قوله والإجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيسا
عليها لأنها على الاختلاف قال في الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته لأن صحة الإجارة تملك رقبة
فإن ملك التصرف في الأصل ومملوك رقبته ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لأن المنافع بمنزلة المنقول
والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة أي إذا اشترى
المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أقسام أربعة اشترى مكايلة وباع
مكايلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكايلة وباع مجازفة أو بالعكس من ذلك ففي الأول لم يجز للمشتري
المشتري الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الأول كذلك لأن النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون
فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج إلى كيل لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج الثاني إلى الكيل لأنه
لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا إليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال في النص لأن الزيادة له واعترض بأن
الزيادة لا تتصور في المجازفة وأجيب بأن المراد أنه لو اشترى ثم كيلا مكايلة فإن كان على أنه عشرة أقفزة مثلا
ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زائدا على الكيل الذي اشتراه المشتري الأول فعنده يحل
ما اشتري وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأن باع مجازفة في ذهنه أنه مائة قفيز فإذا هو
على ظنه والزائد للمشتري ويجوز أن يجعل من باب الفرض ومعناه أن المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض
في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير
عدمه أولى ويجوز فرض المحال إذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى إن تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا
لكم وفي الرابع يحتاج إلى كيل واحد الكيل للمشتري وكيل البائع بحضرته لأن الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة
لكان الحاجة إلى تعيين المقدار الواقع بيعا وأما المجازفة فلا يحتاج إليه لما ذكرنا فإن قيل النهي عن بيع الطعام حتى
الغاية المذكورة يتناول الأقسام الأربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب أنه معلول باحتمال الزيادة على
المشروط وذلك إنما يتصور إذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن النهي عن بيع
ذلك يا بني الحال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه
ذكر جريان الصاعين وليس ذلك إلا لتعيين المقدار وتعيين المقدار إنما يحتاج إليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان
في النص ما يدل على أنه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا إشارة إلى
أنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وقوله
الثوب مذارعة حكم المجازفة في الكيل لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن

يلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وبوزن المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري
الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب
التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كان له البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفي به
لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم و
انتفى احتمال الزيادة ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في باب التسليمات من اسلم في كر فلما حل الاجل
اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامره ان يقبضه لرب السلم يقبضه لرب السلم قضاء وان امره ان يقبضه لنفسه ثم يقبضه لنفسه
فالكتالة عن الكتالة لنفسه جائز لانه اجتمعت الصفقتان تبرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام
المصنف ما هو مناقض وذلك لانه وضع المسألة اولا فيما اذا كان العقد انما يشترط الكيل واستدل على وجوب
حمل الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسألتين الصحيح انه يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع
المسألة فيما يكون العقد واحدا يشترط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد
الواحد يشترط الكيل واما اذا وجد العقد انما يشترط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيه ليس بصحيح من الرواية انما
بل الواجب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين وضعه ما يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري
الاول والمشتري هو الثاني والبيع الثاني وهو اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي
بذلك لما ذكرنا من الدليل والدال على ذلك قوله ومحل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في متن الصنوبري
اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول
المسألة وهو ما سيأتي في باب التسليمات واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله لانه يحتمل ان يزيد
على المشروط وذلك للبائع يقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسألة ايضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين
عزيمة وان الاكتفاء بالكيل الواحد رخصة وقياس واستحسن لكان ذلك مدفوعا جاريا على القوانين الكلية
لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عددا فنوى كالمذروع فيما يروى عن ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة
لانه ليس بالربوي ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة
وهو قول الكرخي لانه لا يحل الزيادة الا يرى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة
ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا يتحقق التفرق في العقد كالموزون في الموزون

قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز بأن سواء كان مما لا يتعين كالنقود
او مما يتعين كالمكيل والموزون بيع لو باع الابد اهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما
كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم ونأخذ مكان هذه من هذه وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو عدم الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود
بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا او باع
عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا وحط بعض الثمن جاز وهو الالحاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى
يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع قبل البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع

كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على
البائع بما وفى اذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يلتحقان على اعتبار
الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء ولا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان ثبوت
التصحيح يصير ملكه عوضا عن ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه
وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار ابتداء وانا
نقول البائع والمشتري بالحط والزيادة غير العقد بدليل انهما لو وصفا مشروعا بوصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع
خاسرا ورابحا وعدلا والزيادة في الثمن يجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا
وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف بوضع اصل العقد بالاقالة فاولى ان تكون لهما ولاية التغيير
وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله وصار كما اذا كان اصل العاقدين
او لهما خيار الشرط فاسقط او شرطاه بعد العقد فصح لالحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح بالتحق باصل العقد
لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة يقوم بالثمن لا بنفسها
فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض لجاب البعض بالغرق بخلاف
حط الكل لانه تبديل باصله لا تغيير لوصفه لان عمل الحط في اخراج العقد المحطوط عن ان يكون ثمنا
فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجوده ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان
يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في
المبيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق تمانع عدم المانع فيلتحق
حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية
والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع لو اخذ بعض الثمن عن المشتري والمشتري
قال لآخر وليتك من الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل
العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ
الشفيع ما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل
العقد لدخل الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان يأخذ بدون
الزيادة لان حقه يتعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير لتضمنها
ومن هاهنا قلنا اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على
حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم
ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستدعي
ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال فيلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمهما الله
انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا لتحمل
قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حتى يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين

الى الشيوع وعليه

لا بالحل واشتراط الحل لاثبات الملك وبقائه بطريق التجرد فلم يكن لابقاء العقد في حقه فائدة فاما فيما وراء ذلك
فيه فائدة فيبقى والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت
قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اي اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله
فاما ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي
لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه لان التاجيل اثبات
براءة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى وان
كان الثاني فيخلو اما ان تكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كان الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان
كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف
البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اول باب البيع الفاسد قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا اي كل
دين حال بتاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة
واعارة ولهذا لا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة
في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة
اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد
القرض لكن ثبت التبرع ابتداء واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض بما اذا اوصى
بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل
المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في
الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك
يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل سنة حقا للموصي

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع
عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر ومن ثم ان المقصود من كتاب البيوع بيان
الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد الا تصنف شيئا في الزهد قال صنفت كتاب البيوع ومراده
بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربى المال
اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطا ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل
الخالي عن العوض المشروط في البيع قال الربوا محرم في كل مكيل وموزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة
جار في كل ما يكال ويوزن اذا بيع بكيل او موزون من جنسه فالعلة اي علة وجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع
الجنس قال المص ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل
فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل
ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب
وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل

وبالنصب

وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني
بيعوا التمر والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذا في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد
بها ما يدخل تحت الكيل والوزن لما يطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبتين منها لا يجوز لعدم التقوم مع
صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها
سواء وكلام رسول الله يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح اجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة
كقوله مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهيد اذا مات كذلك المراد الامر بكون البيع
على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل ربوا اي الفضل
من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الاخر حرام قوله والحكم معلول باجماع القايسين احتراز عن
قول داود ومن تابعه من الظاهرية وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة
عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة
عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية ومع لا يكون لها اثر في تحريم النساء فلو اسلم هرويا في
مروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسيأتي ونساؤه مخلص يتخلص به من حرمته لانه اي
الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في
رواية النصب وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين
يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان عزيز الخطر يعلل بعلة يناسب اظهارها الخطر والعزة وهو الطعم في
المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك
اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة ما تعرف بالتاثير والطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس
للجنسية اثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عند وجود ما به
ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود
بسوق الحديث لاحد معان ثلثة لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل
لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين
اذا كان انقص من الاخر كان التبادل مضيعا للفضل لا فيه الفضل او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني
انه في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة ليقبضا بعد مماثلة كل منهما للاخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت
الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قبل اثبات المماثلة
حين القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلا بالاخر لم يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص
يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا في حق الاخر واذا كان مثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة اتم بعد
القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا ولقائل ان يقول هذه الاولى الثلثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في
سائر المبايعات لانها لا ينفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في جميع
لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان مرجعها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة فيتصور التخلف وهذا

ثبت اشتراط المماثلة لم تزل عند فوات حرمة الربوا الذي هو المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم من حرمة الربوا
عند فوات شرط الحال ان لو جعل الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب
عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو معنى الكراهة فضل انتفاء الحال يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على
وجه لم يتطرق اليه قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علة القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين
الشيئين باعتبار الصورة المعنى وهو واضح والمعيار يستوي الاثنان اي الصورة والجنسية يستوي المعنى فان كيلا من بر
يساوي كيلا من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يساويه كيلا وليس صورة
ولا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموه بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا
لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز ابتداء واما بطريق التبعية تبعا لاصل فيجوز عند
جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وانما نخر فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة
في الاشياء الستة شرطا فانبناه في غيره تقديره فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس
يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا الذي هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض
شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جوابا عن سؤال تقديره ان المماثلة كما يكون بالقدر
والجنس يكون بالوصف وتقدير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا فاحشا فاذا استويا الذراعان صورة
ومعنى يساويان في المالية والمفضل من حيث الجودة ساقط الاعتبار في المكيلات والموزونات لان الناس لا يعدون ذلك
الا من باب اليسير وغير نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف ولان في اعتبار سقوط اليسارات
لان الحنطة لا يكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد بالبياعات في الربويات الاطلاق البياعات لان في اعتبار الجودة
في الربويات ليس بسد باب اطلاق البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء قوله والطعم والثمنية جوهر
عرف جعل الطعم والثمنية علة للحرمة وتقديره ان ذلك لما استووا في اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت كالمرء
في اباحة الحرام وكالاضطرار الى التخيف يؤثر في حرمة المباع بل سنة الله تعالى جرت في التوسيع فيما كثر البلوى واستشق
والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في جنس الاموال جواز البيع بشرط التساوي والتساوي لوجود
المثل فلا يكون المساوات مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل فالجانبين يقول اذا باع الكيل او الوزن
بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المقصودة في العقود مع وجود
شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط والجواب ساقطة
فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا مثلا بمثل قال ويجوز بيع الحنطة بالحنطتين اي وما يترتب على الاصل المذكور
جواز بيع الحنطة بالحنطتين والتفاضل بالتفاحتين لان عدم الجواز يحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود
المساواة في الكيل والاكيل في الحنطة والحنطتين فينتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل وسنوضح ذلك
بقوله ولهذا اي ولان الحنطة والحنطتين لم يدخلا تحت المعيار الشرعي وجب التعديل عند الاتلاف لاستهلاكها فلو كانت
مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رحمه الله

لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والتخلص بالمساواة ولم يوجد وعلى هذا لا يجوز عندنا بيع حفنة
بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساوي وبدون نصف صاع نبي في خلاف الحفنة فلو باع ثمن حفنات
من الحنطة ثبت حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا اعتداد في الشرع بما دونه
واما اذا كان احد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط وفي ذلك اذا تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والجديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعند يجوز
لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيآن فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد
احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عند حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ان يد
البدل بمنزلة الوصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس تظهر عمل
عدمها لان العلة تثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان سلم مروي في مروي
او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية
وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان النقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق والجنسية
الفضل غير انه من المجوز في الجنس حتى جاز بيع المروي بالمروي والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص عدم
الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فايدة قلنا فائدته تجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عند فيه صورة الجنس واما
في صورة القدر فقد يوجد فانه يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عند
غير القدر وهو ان التفاضل شرط في الصرف وبيع الطعام عندنا لانا قال الخصم رحمه الله ان الربوا من وجه
وتحقيقه ما ثبت من ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى
محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو
خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة ويجري فيه ربوا النسيئة قال الربوا من وجه نظرا الى القدر
يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير والجنس كالمروي مع المروي اذ كل منهما احد ما تقدر والآخر نسية وكل علة ذات
وصفين موزونين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة يثبت بها شبهة الحكم والنقدية
اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه
بحث من وجهين احدهما ما قيل ان كون ذلك الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا شبهة فصار شبهة
الشبهة والشبهة هي المعتبر دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة انما يكون مطلقا او في محل
الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان يكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول
ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل يثبت
شبهة الحكم لا شبهتان شبهة وعن الثاني ان الحنطة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان
الحقيقة مانعة في محلها اذا وجبت العلة بكمالها فان قيل ما بال النص رحمه الله لم يستدل الجانبين بالاحاديث التي
يدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين عما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه

جر حيث قام في ان اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل الشافعي رحمه الله وبما روى ابو داود في السنن عن النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب عن الاول انه يحتمل التاريخ وتطرق احتمال التاويل يمنعه
عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء كان الاستدلال به اولى من المذكور في الكتاب فالجواب ان
للخصم ان يسلم الاجماع فلذا نقول انهم اجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم
استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود
في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصوف فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحرير لانه وان جمعهما
الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود
بالسنجات وهي جمع سنجة سنك ترازو ونقل عن الفراء ان السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا
يقال بالسين واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه
لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت منك الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا
وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان
يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة فان الوزن اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن
وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد
جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما باعتبار الاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان
الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المص تسامح فانه قال فلو اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال بعض الائمة
بل يقول انهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صنعة كما قال في اول التعليل في
الوزن فان اعتبار ابن علي ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم
والاصل في راس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود الوصف انسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل
والغالب فان شرع الرخصة في التجويز هو ما ظاهر من العرف قال شمس الائمة ولكن هذا كلام فيه تخصيص العلل
ولسنا نقول به قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة
والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك فيه الناس الكيل وكل ما نص على تحريمه فيه وزنا كالذهب والفضة
فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا
على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها عادات الناس دلالة
على جواز الحكم فيها وقد قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رحمه الله
اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في الكيل والوزن في الموزون
في ذلك الوقت انما كانت للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يترتب الحكم
على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك
ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وان تعارفوا لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن

يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم وفات المماثلة ليست بمعتبرة فيه
انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه
ذكر في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر
والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كالاثفية والاثافي وقيل هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون
درهما والظاهر انها تختلف باختلاف الزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعديلها انما
يكون بالوزن وهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا قوله بخلاف ساير المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان
ساير المكاييل لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف فانه
لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها
لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا
في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به
والاسلام فيه بذكر الوزن قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان ذهبي
النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله صلى
الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع و
معناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسر بقوله يدا بيد اشارة الى افادة معنى التعيين
كما بينا وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل
مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لا عن قبض
فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان
القبض يلزمها لكونها آلته فهي كناية وبانه اذا لم يتقابضا في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة
الربوا كالحال والمؤجل ولنا ان ما سواهما مبيع متعين لانه يتعين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب ونحو
والدابة وغيرهما وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الغاية المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف
وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف
الصرف فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا يتعين في العقود دقوله ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين
الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا له على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة
الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين
منتف بالاجماع المركب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على
الاخر وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لان الشيء انما يكون
بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لم لا يحمل العمل بعموم المشترك
او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول

جعلناه في العرف بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المجال كما لكن تعيين كل
شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما اشترط القبض في إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين
المعين فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه
شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم
في أن الأثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب أنه ذكره بطريق المبادي مهنا لثبوته
بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض جواب عن قوله ولأنه إذا لم يتقبض في المجلس
ووجهه أن المانع تعاقب بعد تفاوت في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا
يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز إذا كانا موجودين لانعدام المعيار وإذا كان أحدهما نسيئة لا يجوز
لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فإن قيل الجوز والبيض والتمر جعلت مثلا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز
بيع الواحد بالاثنين أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل ذلك في
حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة
صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما بيع
الفلس بجنسه متفاضلا على وجوه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما
وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الأول
فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد
الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربا وأما الثاني فلأنه لو جاز لأمسك البائع الفلس
المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد إليه أحدهما مكان
ما استوجبه في ذمته فبقي الآخر له بلا عوض وأما الوجه الرابع فيجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما
لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق ولا فرق بينه وبين ما إذا كان بغير أعيانهما وصار
كبيع الدرهم بدرهمين وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف
جنسها كما إذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما أن الثمنية
في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما تبطل باصطلاحهما كذلك واعترض ايضا م
عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا يكون عروضا باصطلاحهما إذا
كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد
الكساد على خلاف الأصل فلا يجوز أن تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل وأما إذا اصطلحا
على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الأصل فكان ظاهرا وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر
لأنه تناقض في قوله لأن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فكان معناه أن الثمنية قبل الكساد

بثبت

ثبت باصطلاحهما وبشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية وإذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين
فإن قيل إذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز أجاب المص
رحمه الله بقوله ولا يعود وزنيا لأنهما بالإقدام على مثل هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية
دون العددية حيث لم يرجعا إلى الوزن وركن العدد لم يعدم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء
الاصطلاح في حق العدد بقوله إذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العدد فساد العقد وفيه نظر لأنه يدعي
الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان أولى لأن يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقا أو غير الربويات
والأول ممنوع والثاني لا يفيد وقوله فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف
النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله
وبخلاف جواب عما قال كما إذا كانا بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز لكونه كاليا بكالي أي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه
وقوله وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لأن عدم الجواز فيه باعتبار أن الجنس بانفراده
ضلا يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا
لشبهة الربا لأنها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لأنهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لأن
الطحن لم يوجد إلا في تفريق الأجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر وزائلة من وجه لأن اختلاف الجنس باختلاف
الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني
فإن ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق
وربو الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه
فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فإن قيل لا يخلو إما أن يكون الدقيق حنطة أو لا والثاني يوجب
الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والأول يوجب الجواز إذا كان متساويا وبالكيل أجاب بأن المساواة إنما تكون
بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة
فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل فإن قيل حرمة الربا أو حرمة تتنامى بالمساواة في الأصل وعلى ما ذكرتم في هذا النوع
ثبتت حرمة لا تتنامى فصار مثل الربا الذي على ما عرف وأجيب بأن حرمة الربا تتنامى بالمساواة في الحقيقة
أو في الشبهة والثاني ممنوع فإن حرمة النساء لا تتنامى بالمساواة والأول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني و
يجوز أن يقال والحرمة تتنامى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوي متساويا وكيلا بكيل احترازا عن مثل أخلاف لأن العامل
في الأول بيع وفي الثاني متساويا فيجوز أن يكون مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا
سيز حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين
ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة رحمه الله متساويا ولا متفاضلا لأن الدقيق أجزاء حنطة غير
مقلية والسويق أجزاء مقلية فكما لا يجوز بيع أجزاء بعضها بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع
أجزاء البعض بأجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود إذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد

ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل ويشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلفا
الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان تكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يمنع
كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالسوسة المسوسة التي اكلها السوس المقلية هي تسويتها قلي اذ شوي والمراد
مقلو من قلي يقلو والعلكة بالحنطة التي تكون كالعلك من صلابتها يمتد من غير انقطاع والسوسة الحنطة التي
دودة تقع في الصوف والثياب وفي الطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو والمشدد قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان
بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق
من غير اعتبار القلة والكثرة كما في الجنات المختلفة على ما نبين ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة
بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا
باعه بجنسه حيا وهي مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وغير جائز عند محمد الا اذا
كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا من حيث
زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالخل بالسمسم
ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون والحيوان ليس بموزون عادة ولا يمكن معرفة
ثقله ولا خفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بنفسه فوق فيه فلا يدري ان الشاة خففت نفسها
او ثقلت بخلاف مسئلة الخل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير
وهو ثقل السمسم … فقال ان التسمير لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن …
الحيوان والذي يظهر ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال
وهو ان الخل والسمسم … الثجير ويعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يعرف … الا اذا
ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها … بقدر اللحم وكان بيع
اللحم … موزون … وفي ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير … والحيوان …
بالارادة والبيع فيه … متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل لم ما اختلف الجنسان …
البيع … وليس كذلك اجيب بان النية ان كانت في الشاة الحية فهو … في الحيوان …
فهو … قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل …
بالاجماع … عند ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن
وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال اذا لا … على التعليل بالنقصان
بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا اعتبار لذلك
… ولابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلان … سئل عن بيع الرطب
حين … رطبا فقال او كل تمر خيبر هكذا وبيع التمر … والحديث المشهور واما المعقول فما روي
ان ابا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فاحتج بان الرطب
ان كان تمرا فلان كان جاز العقد باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن … فجاز بقوله اذا اختلف النوعان

فبيعوا

فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روي عليه حديث سعد فقال من الحديث مدار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقل ولم يحسن اسمه المحدث
منه من الطعن سلمنا ثبوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض المشهور واعترض بان التردد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية
بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون فيجوز بآخره ثم قال ذلك كلام حسن في المناظرة لاظهار
شعث الخصم والحجة لا تتم به بل لما ثبت ان الطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها
الى ان يدرك والرطب اسم لنوع كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قول فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت
بينهما كيلا ولا يثبت لما قيل ان القلي صنعة يعدم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيزين وهو حرام وبيان ذلك راجع الى
التفاوت وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله تعالى ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل
اعتبار بين النقد والنسيئة فكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو معتبر كما في المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق
وكل تفاوت خلقي فهو ساقط الاعتبار كما في الرطب والتمر والجيد والردي كذلك وقوله العنب بالزبيب على هذا الخلاف
بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رحمه الله وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها ومن الرواة من يروي قوله قال المجيز انما يجيز باطلاق اسم التمر عليه ان النص لم يرو باطلاق
التمر على الرطب حملا ونوعا واحدا لجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنع
كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه يرى تفاوت
في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع
الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابس والتمر المنقع بالمنقع او
الزبيب المنقع بالمنقع من نقع اذا ألقي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومعرفة حديث سعد وابو
حنيفة يعتبر في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد
رحمه الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة بالرطبة والمبلولة الى آخرها وبيع الرطب بالرطب حيث
اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء
البدلين اي اسمهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو معتبر لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال ذلك الاسم
عقد عليه العقد عن البدلين فلا يعتبر لان ذلك تفاوت في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم
اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار
اليها وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لا شتمالهما بيانا لان التمر اسم لثمر النخل
اول ما ينعقد صورته ويبيعه به متساويا من حيث الكيل بلا بأس جائز بالاجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء
وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا بلا بأس لان الكفري ليس بتمر لكونه
قبل انعقاد الصورة وقوله والكفري عددي متفاوت قيل هو جواب سؤال تقديره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في
الكفري لكنه لا يجوز وتقديره الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر والمتفاوت جار في المالية فلا يجوز الاسلام
فيه للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت وما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض وقال الحصير

ان يتغير شيء وهو تعريب شير والمراد به ههنا ما يتخذ من التمر وعلم ان المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار
العين واخرى باعتبار ما في الضمن واما يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة عليه بقفيز مثله
من غير اعتبار ما في الضمن واذا بطل الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت بالزيتون
من النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فاما ان يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون اولا والثاني لا يجوز لتوهم
الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب والاول اما ان يكون المنفصل اكثر اولا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو
بعض الزيت والبجر ان يفصل المنفصل من المستخرج من الزيت والبجر وحين اساواه على تقدير ان يكون البجر باقيا
واما اذا لم يكن كما في الزيت بعد اخراج الشيرج اذا كان الشيرج الخالص مثل ما في الزيت من الشيرج فانه يجوز وهو الذي عن
ابي حنيفة والاول اجاز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالشيرج والجوز بمثله واللبن بمثله والعنب
بعصيره والتمر بمثله على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول الشيرج يشتمل على الشيرج والبجر فاما ان يكون
المجموع منظورا اليه حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالشيرج مطلقا لان الشيرج وزني والشيرج كيلي
او من حيث الافراد فيجوز بيع الشيرج بالشيرج متفاضلا عرفا لكل واحد من الزيت والبجر الى خلاف جنسه كما اذا
باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الزيت او البجر منظورا اليه فقط والثاني
منتف عادة والاول يوجب ان لا يقابل البجر شيء من الزيت وليس كذلك وجواب المنظور اليه هو المجموع فحيث هو
الافراد ولا يلزم جواز بيع الشيرج بالشيرج متفاضلا قوله عرفا لكل واحد من الزيت والبجر الى خلاف جنسه
قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية مع الزيت والبجر ليسا كذلك
واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق
وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون او خرج احدهما من الوزن لا باس ببيع واحد
باثنين كذا في فتاوى قاضي خان وبيع الغزل بالثوب جائز كيف ما كان بالاجماع وبهذا
يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنده انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع
اللحم كل ما يكال من نصاب الاهرم الحيوان في الزكوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والمعزى
والغنم والصنف فلا يجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكال من نصاب الاهرم يوصف
بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكذا اللبن وعند الشافعي المقصود
من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا و
اختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكره في الاتحاد في التغذي فذاك اعتبار المعنى
العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فانها
بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه يوزن عادة فليس بموزني ولا يكيلي
فلم يتناوله قدر الشرع وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان
اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة
يكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالمروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في

اتحادها فكانه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا توجبه وانما توجب
الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع الاتحاد في الاصل كالمروي والمروي مع اتحادهما في الاصل وهو
القطن كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الخريدي والرصاص اذا كانت
الفضة غالبة فانها تتحد في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال وكذا خل الرقال بخل العنب الرقال مروزي
التمر بيع خل نخل العنب متفاضلا جائز بدراهم وكذا حكم سائر التمور وانما كانوا يجعلون الخل من الرقال غاليا اخرج
الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرهما يعني الرقال والعنب جنسين
بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى
ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود من المصنوع اختلافه فوجب
التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر تتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف تتخذ منه اللبوس الناعمة
لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود فانما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان
الجنس متحدا الا انا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يراد حين لا يراد لبن الغنم فلا يتحد الفصل اليهما والاولى ان يقال قلنا
اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول وانما قلنا اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف
الاصول فلان الاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وانما يوجب اتحاد
الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ويترتب عليه نقض ومن سنذ اتين
انه نافع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر
وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع تحريما لجانب الحرمة لان المقصود راجح
قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم بيع شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانهما اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصوف ما يحصل منه في الدنس عند تصوف
ولا شك في ذلك عند تصور من الاشياء واما اختلاف المعاني فلان منه ما يوزن عند اطلاق اللفظ وبهما يختلفان
لا محالة واما اختلاف المنافع فكما قاله الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان
يكون حال كونهما متفاوتين اهل الكوفة احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا او موزونا واخرج
عن كونه مكيلا وان كل واحد من الحنطة مكيلة واختلاف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة
انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فيعم فتحي جميع جهات الخير وان كان الثاني
فلا يخلو اما ان يكون الحنطة والدقيق سيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانها سلم موزونا في مكيل كما ضبط
صنعته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه اسلم مكيلا في موزون ولا يجوز عندهما
لما ذكرنا قال الحصر والفتوى على قول ابي يوسف وبذا يشعر قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول
ابي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي
سمى ليلا يصير مستبدلا الا بالسلم فيه قبل القبض ولا يجوز استراضه عند ابي حنيفة رحمه الله عددا او وزنا لانه
يتفاوت بالخبز حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالجناز باعتبار عرفه وعدمه وبالتنور لكونه جديدا

بنحو خبز جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه اول التنور المحمي مثله في آخره ومن هو مانع
عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا لترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف
يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لا ربوا بين المولى وعبده المأذون
الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا
بعدم وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا دليل على عدم جواز البيع وان كان عليه دين
تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء
صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربوا
بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار
بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لم يجز فكذا اذا دخل المسلم
ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روي
مكحول عن النبي عليه السلام انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب
في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل
الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله قوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما وتقديره ان ماله
في دارنا لا يحل اخذه الا لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل لنا ولا بعد انقضاء المدة

باب الحقوق

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم
ترتيب الجامع الصغير فيما هو من مسائله ومسائله هكذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر
مسائل المتبوع قال ومن اشترى منزلا فوقه منزل ذكر ثلثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسرها ليتبين ما
يترتب على كل اسم من الاحكام التي تترجح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه فالدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت
اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب
واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتريه بعينه صريحا بذكر احدى
العبارات الثلث مثل ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت
وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف
ومن الاول الى المكان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه فدخل فيه
والبيت لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز
ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا
ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لو تناوله اللفظ عاريتنا ولا الافراد فقد فرض
المسئلة في معلوم والاعارة له ونفي الاعارة والكتابة بذلك فان لفظ المعير اعرتك عاريتنا ولا عارية المستعير اصلا
لا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف
باختلاف المستعمل حذرا عن وقوع التغير وهو المكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى مقصوده

في كتابته عين تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من
كل واحد منهما فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل
العلو في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو عن العلو عدمه
لم يكن ليدخل في الدليل وتقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن العلو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال
من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف ولهذا يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى
على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار
يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكره اذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق
فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف
وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضيخان للظلة لانه جعل المفتح في الدار قال ومن اشترى
بيتا في دار او منزلا او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا بذكر احدى
العبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول
ويدخل بذكر التوابع نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور
والشرب في استيجار الارض وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا
ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل
لا يتحقق اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول لتحصيل الغاية المطلوبة منه
واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع
بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد او بتأويل
المذكور وقد يستأجر ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فتحصل الغاية المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال ومن اشترى
جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها
وولدها وان اقر بها المشتري لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة
ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه
من الاصل والولد كان متصلا بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لا تتعدى الى الولد لانه
على الخبر يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق في
الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني [illegible]
المراد بالولد ما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر ان الولد له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق
بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على

لانه يوم القضاء منفصل عن الامر فكان مستبدا فلا يتزم الحكم به قال وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد
رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل فاقام اخر البينة
بالام لا يكون قضاء بالولد قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل قال لاخر اشتريتني فاني عبد فاشتراه فاذا هو
حر فالاصل ان كون البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة واما ان يكون غايبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان
الاول فليس على العبد شئ وان كان الثاني فرجع المشتري على العبد والعبد على البايع وان قال اشتريتني او قال ذاك
ولم يقل اني عبد ليس على العبد شئ في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجد حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال
اي سواء كان البايع حاضرا او غايبا غيبة كانت وعن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد في البيع والمرتهن ان
الرجوع في هذا العقد لا يكون بالمعاوضة وبالكفالة وليس شئ منهما بموجود واما الموجود من الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال لاجنبي ذلك وقال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على الاقرار
بقوله اشتريتني والاقرار بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجب ان يقر بالعبودية غلب غرور المشتري
بذلك والمعتمد على الشئ يلزم الغير واقرار مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل
سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في الموتى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت لكم التجارة فباعوا
فبان عبدا وللحقته ديون عرف ظهر انه حر فانهم يرجعون على الموتى بدينهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في
عقد المعاوضة والعبد بظهور الحرية اسلم للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله والبيع عقد معاوضة انما يرجع به مع كونه معلوما فرق بان المشتري شرع
في الشراء تمهيدا للحجوب عن الرهن واتماما لما بدئ له اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا الرجل
اذا سأل غيره عن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا
لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير
المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فان الرهن ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء حقه ولهذا جاز
الرهن بدين لم يحل فصار كالمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم اي
بالمسلم فيه وهو حرام واخذ المرتهن معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعتبر بتوليه
فلا يتحقق الغرور وقع السؤال ضرب اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان الرجوع شرط في حرية العبد عند ابي يوسف والتناقض
ينبني الرجوع والعبد بعد ما قال اشتريتني فاني عبد اما ان يرجع الحرية اولا والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط
الحرية والجواب ان قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل وحرية عتاق عارض فان اراد الاول فلم يوجد اصلا
ما ادعاه المشايخ ان الرجوع ليس بشرط فيها عند انتفضه تحرير عرف رجوع الامر بان الشهود في شهادتهم يحتاجون
الى تعيين الامر في ذلك تحريرها ويحترز عن خيانتها وبيانها فانه اذا كان حر الاصل كان فرجع الامر على مولاه حرا وهو حرمة
الزوج وحق الله تعالى والرجوع ليست بشرط فيهما كما في عتق الامة واذا ادرك الرجوع شرط المرتهن التناقض
مانعا والثاني قاله بعض المشايخ ان الرجوع وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عند لكنه يعارض التناقض
لخفاء حال العلوق وكل ما كان بناؤه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فله توجيه الثاني وهو

يعود

التناقض

التناقض لا يمنع صحة الرجوع في العتق لبنائه على الخفاء لان المولى يستبد به فرعا لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك
كالمختلعة يقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يقر بالطلاق فيرد بالطارئ عند عامة
الخلع ثم علمت واما قبل الثلث لان فيما دونه لم يتم الزوج بينة انها قد تزوجها بعد الطلاق الذي ابنته
المرأة ببينتها قبل يوم او يومين وفي الثالث فلا يعلم ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة بيوم المرأة
والمكاتب سيرد الى الخلع والكتابة بعد اقامتها البينة على الدعاء قال ومن ادعى خيانة في دار ومن ادعى
خيانة في دار بعينها رجل فصالحه الذي في يده على عين دار فاستحق الدار الاخرى اعانه المدعي رجع بشئ لان المدعي
ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على باقيه فاستحق منها شئ رجع بحسابه اذ التوفيق غير
ممكن والغاية كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فينقسم الباقي على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على
ان الصلح عن المجهول على المعلوم جايز وان الجهالة فيما يسقط لا يفضي الى المنازعة قالوا وهذا يدل ايضا على ان
صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة وهذا لا يقبل البينة على
ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فح يصح ويقبل البينة **فصل في بيع الفضولي** مناسبة
هذا الفصل لما بعده الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق
ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانا باعك بغير اذني فهو غير بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل
الزيادة وقد غلب جمعه على الاخير فيه وقيل لمن تتعلق به الاعيان فضولي فهو في اصطلاح الفقهاء مرادف
بوكيل وفتح الفاء خطاء قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار
ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخه وهو مروي عن مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا
ينعقد لانه تصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك وليس للمالك وقد فقدا والمالي يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد
لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تعليك قد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده
اما ان تصرف تعليك فلان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب
الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله ومن التصرف ما كان
موقوفا ما لم يذكر فاد حكما موقوفا كما ان السبب الباب فاد حكما باتا وان السبب اذا يفوذ اذا خلي عن الحكم فاذا ناجز
فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدور من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع
مال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والمتقوم الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جاز
والاذن ايجاد غير المحل محالا واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يتخلف الا لمانع والمانع
منتف لان المانع هو العجز والعجز في ذلك الاصل من المالك والعاقد من اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ
وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقوله الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء فاما
المشتري فظاهر فيثبت العقد الشرعية تحصيلا لمقصوده من التصرف فان قيل العقد بالملك او بالاذن لم يوجد
اجاب عن ذلك بقوله وكيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل لا يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا

وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعاً بقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس
عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا يرى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب أن
قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق فينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على
التسليم بعد الإجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابن سيرين قال حدثنا محمد بن
ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحي عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم
أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى
الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً لربح فيه وأن بيع عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء
لأنه دعوى بلا دليل لأن ذلك يكون إثباتاً بغير نقل والمنقول أنه عليه السلام أمره أن يشتري له أضحية ولو كان وكيلاً
لنقل على سبيل المدح لتنفيذ البيع قوله ومن يجوز شراء الفضولي كبيعه أو لا أجيب بأن فيه تفصيلاً وهو أن الفضولي
إن قال بع هذا العبد لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين
لفلان وقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف وإن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك
بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري حيث لم يضف
ظاهراً فلا حاجة إلى الإيقاف على رضى الغير وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف
البيع فإنه لا يجد نفاذاً على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج إلى الإيقاف على رضى الغير وإلى هذا الوجه أشار
المص رحمه الله بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة قوله ولهذا إلى المالك الإجازة اعلم أن الفضولي إذا باع عين
بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه وأما إذا بيع بثمن عين فإن كان الأول
فللمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما فإن أجاز حال قيام الأربعة جاز البيع لما ذكرنا أن
الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولي وإن كان الثاني فيحتاج إلى قيام
خمسة أشياء ما ذكرنا من الأمور الأربعة وقيام ذلك العرض أيضاً والإجازة اللاحقة إجازة نقد بأن ينقد البائع ثمن
مبايع ثمناً لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد لأن العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع إذا
كان مثلياً وقيمته إن لم يكن لأن الثمن إذا كان عرضاً صار البائع من وجه مشترياً والشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد
لا يتوقف على الإجازة وكما أن للمالك الفسخ فكذا للفضولي والمشتري لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي
فله أن يخرج عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن الحقوق لم ترجع إليه
وهو فيه معبر وإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة انفسخ ولو هلك
المالك لا ينفذ بإجازة الورثة في الفصلين أي فيما كان الثمن ديناً أو عرضاً لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه
فلا يجوز بإجازة غيره ويستشكل بما إذا تزوج أمة رجل فتعطيها بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه
فإن النكاح توقف على إجازة الابن فإن أجاز صح والأولاد بين فضوليته وتوقف عملها إجازة الورثة وأجيب بأن عدم
التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لأنه يبطله وههنا لم يطر للورثة حل بات لكونها موطوءة الأب

فيتوقف

فيتوقف دفعاً للضرر عن الورثة إذ من قولهم بتمام الموت حتى لو لم يكن موطوءة الأب بطل نكاحها ولو أجاز المالك في حياته
ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ثم رجع
أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع
الشك فإن قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح إذ الأصل البقاء ولم يستيقن بالمزيل وههنا
لم يستيقن أجيب بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن [illegible]
له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري قيل جرت المجاوزة في هذه المسئلة
بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة رحمه الله
أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت أن العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب
ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحساناً وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لأن الموقوف
لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخر فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للإعتاق إذ
المصحح له هو الملك الكامل والدليل عليه بطلان إعتاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملاً
لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه وأشار المص رحمه الله بقوله ونحو ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح
أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ونحوه راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك وقوله ولا أن يعتق المشتري
في الخيار للبائع ثم يجيز البائع وهو راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله كذا لا يصح بيع المشتري
الغاصب يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح من البيع الثاني فكذلك إذا
أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق ألا يرى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو
أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه وإذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذاً فلأن لا ينفذ غيره أولى وقوله لا يصح إعتاق المشتري
من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك ثبت موقوفاً والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على ملك موقوف
وينفذ بنفاذه أما أنه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لإفادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر
وأما أنه موقوف فلما تقدم وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على إعتاق المشتري من الراهن
بجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالدين فإنه يصح
وينفذ إذا قضى الدين بعد ذلك بجامع كونه إعتاقاً في ملك موقوف وهذا الدليل هو الأول ذكره المص للاستظهار به
واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك
وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فإن إعتاق الغاصب إنما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع
لإفادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم مدعاه فإنه يرد عليه نكاح الملك غير موضوع لإفادة الملك
ومع ذلك لا ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن كل الأمرين من البيع والعتق
يحتاج إلى الملك والملك فيهما بالإجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال هذا بخلاف الغاصب إذا أعتق
ثم ضمن القيمة لأن المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ

دون العتق لكمال ملك الكاتب في كسبه ومهرها الثابت للمشتري وقت العقد حقيقة الملك وهذا استحق الروايد
المتصلة والمنفصلة والوقف في كلام الخصاف ايي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوي الكلامات
على انه ليس يوارد البيع لايحتاج الي ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب ينافيه وقوله وبخلاف اذا كان
في البيع خيار للبايع جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيارين مطلق فالسبب فيه غير لازم فان
قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به
اصل العقد ولا يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معروم قبله وقوله وبخلاف المشتري الغاصب
جواب عن المسئلة الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ عليه ملك موقوف لغير لبطله
لعدم تصور اجتماع ملكين بات وموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم اداه
الضمان ينقلب بيع الغاصب جايزا ويطرأ ملك الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتراه
منه وهو موقوف الثاني انا نظرنا الى ملك الثابت على الموقوف لو كان مبطلا لاركان ما نفاذ الموقوف لان الدفع اسهل
من الرفع للمدين عامل بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي ولم كذلك
واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع
الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود ما لم المالك اذا اجاز البيع انقض
فثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان ملك الثابت والموقوف لا يجتمعان في محل واحد
وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك الثابت
يبطل الموقوف وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة
وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب
الوقف فقال ينفذ وقفه على طريق الاستحسان للعتق اذ قال الخصاف وهو الاصح وبه ارسل فقول منك
المشتري ملك من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند الغاصب كما تقدم فكيف يستند الى تملك المشتري من جهة فلا
لا ينفذ عتقه وقولنا انما يستند الملك لدى وقت العقد من جهة التجهيز والتجهيز كان مالكا حقيقة فيكفي اثبات حقيقة
الملك للمشتري في وقت العقد قال واذا قطعت يد العبد ثم اذا قطعت يد العبد في يد المشتري الغاصب
واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان المالك بالاجازة قد ملك المشتري في وقت الشراء لانه
سبب الملك هو العقد وكان قائما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة
يثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش
له وعلى هذا كل حادث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فانه يسلم للمالك البيع اخذ جميع ذلك منها لان ملكه يبقى
متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب
فانه لا يملك الارش وان ملك المغصوب والفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج
فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول
بان الملك في المغصوب ثبت مقررا على ما عرف وهي يندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش اعني حصول ملكه

وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف يوقف حكمه على شيء يجب ان يجعل حلفا بالشرط لا سببا فمن وقت وجوده لا
يحلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متاخرا حكمه
الى وقت الاجازة فعند ما يصير ثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فيجعل الموجود من الفضولي حلفا
بالاجازة فعند ما يصير كانه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة ومن اي كون الارش للمشتري حجة على
محمد لعدم تحول الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة
كما في الغصب حيث لا يكون لذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن منع الحجة ان الملك من وجه كاف لا ستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يد ثم واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في الجناية
للبايع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما
اذا كان الخيار للبايع على ما مر وهو قوله وبخلاف اذا كان في البيع خيار للبايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع
انعقاد كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقولهما لان الملك من وجه يكفي لا ستحقاق الارش يعني اعتاق
المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان الصحيح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه
وقوله على ما مر اشارة الى قوله والصحيح للاعتاق هو الملك الكامل ومن اقر بشيء ثم صدقه بما يزاد على نصف الثمن
لانه لا يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه
هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون زيفا مما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك ثبت يوم
قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الزيف الحاصل به وفي الكافي ان زيف
البيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزايد على نصف الثمن زيفا لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه
ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك
بطريق الاستناد ولكنه ثابت من وجه دون وجه ومن كما ذكرنا في توزيع الوجيه في الكتاب على الاعتبارين قال
فان باع المشتري من آخر يعني اذا باع المشتري الغاصب من شخص آخر فاجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني اذا ذكرنا
ان بالاجازة تثبت البايع ملك بات والملك الثابت اذا طرأ على ملك موقوف لغير ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على
اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع ينفسد بما قبل من التعليل شامل البيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي
ايضا لانه محتمل ان يجيز المالك بيعها وان لم يجز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر
الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فما يعدم في النظر الى الغرر نفسد وبالنظر الى النفع
وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فمن اين لك الصحة في العقود اصل فعارضه على ان
اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المعروف احيانا وهو لم يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ
بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض والغرر الانفساخ فيما نحن فيه فساد عارضه ما يعارضه اذ المشتري الاول لو علم
حتى يطلب شيئا آخر فيحدث البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف
لانه لا يؤثر فيه الغرر الاخير اي ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح
قال وان باع المشتري فمات في يد او قتل الي فان لم يبعه المشتري من الغاصب حتى مات في يد او قتل فاجاز

المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل لكي يقابل البدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اخذ البدل كان البدل للمشتري **قال** ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري ارد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يامر البائع ببيعه لا يقبل بينته لانها تبتني على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري على الشراء دليل على صحة الشرى وان البائع ملك المبيع ودعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشرى وان البائع لا يملك المبيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المبتنية صحتها القبول البينة وان اقر البائع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره لان الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك يحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المص رحمه الله مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع او اقر بان المبيع لهذا المستحق يقبل بينته وان تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له وفي تلك اي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجود شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم يقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والاوضح في الفرق ما ذكره المص على ما قررنا وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة والرجوع بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه **قال** ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشتري في بنائه يعني قبضها وانما قيل بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البائع

اي قيمة الدار عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار على ما سياتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الا انه في الشرع اقترن بزيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد فيه هذا المعنى ولا يسمى سلما ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لآخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه ستذكر في اثناء كلامه ان شاء الله **قال** السلم عقد مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع ودل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية فان قيل الاستدلال بخصوص السبب لا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله لا نكار ان يستدل وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص **قال** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل ان اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وكما الحديث فيستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان ونظرا الى الاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمه الله وثمرة الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير فيمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما اثمانا بان اسلم عشرة في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو الدراهم ههنا والاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون صحيحا **قال** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي ويجوز السلم في المكيلات والموزونات ويجوز في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بها وعلى هذا التقرير سقط

ما قبل الشيء انما يلحق بغيره اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما
هو من اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى
النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تحتمل الذي عارضها عبارة وقد عارضها قوله
لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءه تحت قوله
لا تبع والجواب انا لا نسلم صلاحيته لما ذكرت لتخصيص الت القرآن شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص
ومن جوز القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا يتفاوت احادها كالجوز والبيض
لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه
الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس
واخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا فيعد الضابطة في معرفة
العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله
وقيد بذلك لما روي عن ابي حنيفة من ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية كما يجيء
السلم فيها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا
ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا
وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره واصطلاحهما على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز
السلم في الفلوس عددا ذكر في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما
لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا ابطلت الثمنية صارت ثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد
ذكرنا في باب الربوا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل ومن
القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه ثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم
يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فلا يعود ثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع ثمنا فان بيع الاثمان بعضها
ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين
قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بالاتفاق والثاني لا يجوز
عندنا خلافا للشافعي هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب
والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم
اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا انه بعد ذكر الاوصاف التي اشترط الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار
المعاني الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة وبين ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة
فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا
بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول اية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها

وتجهيز

مات

وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعدم ذكر دار الاسلام ويحتمل ان يكون القرض ثابتا
في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك
قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى الجواب عما قال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمام
التي تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقديره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير منضبط فانه يجوز
في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة وهو ما
النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر
في كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب
في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلائص كانت
معلومة وكان لكونه حيوانا والاهمال في كلام المص تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير ان لم يذكر ذلك لم
يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة قال ولا في اطرافه كالرؤس
والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي
متفاوت لا معيار له ولا في جلود لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولو
بين ان يجوز وزنا لتعين عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن
عادة وذكر في الذخيرة ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز ذلك لانتفاء المنازعة ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث
طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا لجهالة مضمومة بعض ما رأس مفتوحة وزاي
وهي قبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان الطول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا
كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين الحلول
الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين
العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما
بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد
بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على
التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه السلام
شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل
ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز
واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي
ذلك شك وتردد لان الحيوة ثابتة فتبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فتبقى فان قيل بقاء الكمال
في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوبها كالنصاب ووجوده لا كماله ووجوده
شرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على
حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال

فصار كإباق المبيع قبل القبض في بقاء العقد عليه والعجز عن التسليم فإن المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق
ببقائها كالعبد الآبق وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال إشارة إلى جواب عن قياس الشافعي فيه على هلاك المبيع
والعجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك
لأنه عجز ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا قال ويجوز السلم في السمك المليح السلم في السمك عددا لا يجوز
طريا كان أو مالحا للتفاوت ووزنا إما أن يكون في المليح أو الطري فإن كان في المليح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه
مضبوط الوصف والقدر مقدور التسليم لعدم انقطاعه وإن كان في الطري إن كان في حينه جاز كذلك وإن كان في غير حينه
لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا
بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال والعجف والرواية الأخرى الجواز وإليه أشار بقوله في صغار السمك وقيل
يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا يعتبر بقول الراجز بصرية تزوجت
بصريا يطعمها المالح والطريا لأنه مولد لا يوثق بلغته قال الإمام المطرزي كفى بذلك حجة للفقهاء قال ولا خير
في السلم في اللحم خبر لا ونكرة وقعت في سياق النفي فيعين نفي أنواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز
السلم في اللحم وقالا إذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجب
ضمانه بالمثل ويشترط صيرورته ربا يجري فيه ربا الفضل فإن قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله
لأنه لا يمكن وصف موضع منه وقيل يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تأمل لأنه لا يتعذر وصف موضع
نوع منه كأن يسلم في لحم الدجاج مثلا ... سمينة ومن الفخذ ... ومن المشايخ من حمل ما ذكره من لحم الطيور
على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عنده وإنما قال
... ذكر الوزن فأما فيما تقتنى وتحبس للتوالد فيجوز عند الكل لأنه لا يتبع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت
لا يعتبره الناس كعظم السمك وله أي لأبي حنيفة ... ويجوز التأمل ولأبي حنيفة طريقان أحدهما أن اللحم يشتمل
على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو مقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى أنه يجري المماكسة
بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع وكان المقصود مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة ولا يرتفع ببيان
الموضع والوزن وعلى هذا ينبغي أن يجوز في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع والثاني أن اللحم يشتمل على السمن
والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة بقلة الكلأ وكثرته والسلم لا يكون
إلا مؤجلا ولا يدرى أنه عند المحل على أي صفة يكون فتمكن الجهالة المفضية إلى النزاع ولا يرتفع بالوصف وبهذا
ينتفي عدم جوازه في منزوع العظم وهذا هو الصحيح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل المنع قوله
وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض معاين فيعرف أن الاستقراض حال قبضه وحال
المقبوض ولا يفضي الجهالة إلى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا يرتفع به الجهالة فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم
إلا مؤجلا والسلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي مستدلا بإطلاق رخص في السلم فإنه مطلق فيحمل على المعتبر ويتبع
قوله عليه السلام إلى أجل معلوم لما ذكر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم ووزن معلوم
والحكم ممنوع وجد لم يسوقه مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فإنه لا يجوز اجتماع

الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيليا ووزن معلوم إن كان وزنيا منتهيا إلى أجل معلوم إن كان
مؤجلا فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لانخلاف الأصل ... وكذلك يلزم منه حمل المجاز
لضرورة تحمله الضرورة ولا ضرورة في التقدير في الأجل لإمكان العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لأجله ولأن قوله رخص في
السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة ومعنى ما يكون للضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على أن سوق الكلام لبيان شروط
السلم لا لبيان الأجل فليتأمل ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان
وما شرع كذلك لا بد أن يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والحكم يثبت بما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لأن دفع
الحاجة بعقد الحاجة ... إما أن يكون قادرا على التسليم في الحال أو لا فإن كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص
فبقي على الثاني وإن كان الثاني فلا بد من الأجل ليحصل فيسلم وإلا لأدى إلى النزاع المحوج للمفلس فعاد على موضوعه
بالنقض فإن قيل لو كانت شرعيته للسلم لما ذكرتم لما جاز ممن عنده أكرار حنطة أجيب بأن السلم لا يكون إلا بأدنى الثمنين وهو
دليل على العدم وحقيقته أمر باطن لا يطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه حكم الرخصة كما في
رخصة المسافر قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما ذكرنا إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوما عاريا عن
المجهول وهو الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع وهذا يطالبه في قريبة وذاك يؤديه في بعيدة واختلف في
أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسألة كتاب الأيمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في
يمينه فإن كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران
البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لأن الثلث في بيان أقصى المدة فأما أدناها
غير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس
بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وقيل قال أبو بكر الرازي والأول أصح لكونه يتمكن من تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا
من كتاب الأيمان قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بكيل رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم
يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال والذراع فيفضي إلى المنازعة وعلم من هذا أن المكيال إذا كان
معلوم القدر والذراع كذلك جاز ... لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة وكل
يعني في أول البيوع أن البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك ... بأن لا يكون المكيال
مما لا ينقبض ولا ينبسط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما إذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي
... فعليه لا يجوز إلا في قرب الماء ... فإنه لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف
رحمه الله استحسن في قرب الماء ... قال ولا في طعام
قرية بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لأن انقطاعه غير بعيد فلا يؤمن عروض آفة
فينتفي القدرة على التسليم وإليه أشار بقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلف في تمر فلان أما من حائط فلان فلا
أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه ... طريق التعليل لعدم الجواز في ثمر قرية
بعينها وقوله ... ولو كانت النسبة إلى
قرية بعينها لبيان الصفة أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي بها السلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كما

بجاز والباقي بنوغا انه جاز العقد فان تعليق الخشيران ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة
الحنطة مثلا بمثل صفة حنطة الخشيران وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في
ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا للتعيين المكان فان الثوب
الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب
نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة وما نبتت
في غيرها لا يسمى بها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة جاز
كالاول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبعة شرائط
عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى خمسة عندهما فالمتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم
سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها منخسة الحظ من الماء
وصفة معلومة جيد او رديء ومقدار معلوم عشرة اكيال بعروف او عشرة ارطال واجل معلوم والاصل في ذلك
ما تقدم مما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث والمعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع
واما المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية
المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل بفتح الحاء ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال
فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى
المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او الاجرة في الاجارة
واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان
راس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعاته ولابي حنيفة رحمه الله انه ربما يوجد بعضها زيوفا
ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال تستلزم جهالة المسلم فيه
لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا لا يستبدل في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر
ما رد فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق
فكذا ما يستلزمها وقوله وربما وجه اخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس
المال والمعاد لا يكون مجهول المقدار بعد ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا يعتبر فيما بني على الرخص اجاب المص رحمه الله
بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي اذ القياس يخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز
لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة قياسا على قول من يعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل
هذا من اعتبار النازل عن الشبهة لان وجود بعض راس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود
الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل وهو معتبر لا يجوز التنزل عنها فالجواب ما تقدم
ان المعنى الموهوم هو ذلك وقيل بل هو شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجود زيفا والاول اظهر قوله بخلاف
الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب وصف
لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم ولكن هذا في ذلك

هو فيما تعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله يتضمن ذلك فان المبيع
والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار
راس المال ما اذا اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله
لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار راس مال كل واحد منهما
معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة
وبين مقدار احدهما دون الاخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته
لعدم شرط الجواز وفي حصة الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة
وقالا في المسئلة الثانية مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في
بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد فلانه لا يزاحمه مكان اخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين
كاول اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض
والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد رحمه الله ان المشتري ان كان
يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان
مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان اخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل
الى منزله فسد العقد استحسانا في المصر وخارجه بجنسه او بخلاف جنسه واجيب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم
لو كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا
بحضوره وفيه نظر لان فيه قيد لم يذكر في التعليل ومثله يعد انتقاضا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة
فاذا جاء صريح يخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه يقابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي
حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال
لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب استحقاق فيه التسليم بنفس الالتزام
ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب
والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال الا ترى انه لو عقد عقد السلم في السفينة
في لجة البحر لا يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل ومثل هذا لا يقول عاقل واذا ثبت ان مكان العقد
لم يتعين مكان للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فرب
السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها
فلا بد من البيان وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف في اختلاف القيم قال من قال من المشائخ ان الاختلاف
في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في اصل السلم وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف
عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف
في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن مقتضيا صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا
يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اذا اشترى شيئا بكيل او موزون موصوف

في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق
والأول أصح وهو اختيار شمس الأئمة لأن الثمن مثل الأجرة وهي منصوص عليها في كتاب الإجارات وصورته أن
استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافا لهما
ويتعين في إجارة الدار مكانها وفي الدابة يسلم في مكان تسليمها وصورته في القسمة أن يقتسما دارا وأخذ أحدهما
الأكثر نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان
الإيفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان
الإيفاء قد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو
لو أمر إنسانا أن يحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة وإنما اتفقوا على أن بيان مكان
الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء فيه روايتان
في رواية الجامع وبيوع الأصل يتعين لأنه موضع الالتزام فيترجح على غيره وذكر في الإجارات يوفيه أي
مكان شاء وهو الصحيح لأن الأماكن كلها سواء إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيه فوجب أن يوجد
في الحال حتى قال لا يجوز أن يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين
باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف
الأمكنة وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة
يكتفى به لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا أنه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل
فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه
مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة قال ولا يصح حتى يقبض
رأس المال معناه أن السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة إذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن
يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا وعن هذا
نقض فإذا افترقا كذلك فسد أما إذا كان رأس المال من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى
الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة وإن كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بآجل إذ الإسلام
والإسلاف ينبئان عن التعجيل ولا بد فيه من أجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما تقتضيه
الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فإنها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ومن وجه التحصيل
والقياس جوازه لأن العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد إلى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم
ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يشترط
القبض قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا
من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض يبتنى عليه فكان مانعا من المبني عليه فهو مانع من المبني وكذا
لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين ولو
أخذ عينا فلو رده لعاد دينا في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذ ثانيا وقالا إلى ما لا يتناهى إذا لم يفيد

فايدته

فائدته لا تجوز إنما تثبت في بيع العين فإن فائدته أن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع لأنه رجع عين ما تناوله العقد فينفسخ قيل
فيه إشكالان أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يرجع إلى رأس المال أو إلى المسلم فيه لا سبيل إلى الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس
المال صرح به في التحفة وقال لا ينفسخ به السلم ولا إلى الثاني لانتفاء التقريب لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق
وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبيا والثاني أن المبيع في الاستصناع دين وصح ذلك للمستصنع
خيار الرؤية والجواب عن الأول أنه يعود إلى المسلم فيه فذكره استطرادا ويجوز أن يعود إلى رأس المال وهو إن كان دينا في
الذمة يتسلسل ولا يفيد وإن كان عينا وجب أن لا يتسلسل لانتهائه إلى العين وعن الثاني أن الاستصناع المعقود عليه في
الاستصناع دين بل هو عين على ما يجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض لأن تمامه بتمام
الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو أسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو إما
أن يكون رأس المال قائما أو لا فإن كان الثاني لم يصح العقد بالإسقاط لأن ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا إتمامه
بإسقاط الخيار وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع فإن كان الأول جاز
خلافا لزفر وقد تقدم نظيره وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر رحمه الله
قال وجملة الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط السلم في إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه
وصفته وفي تعجيله وأدائه بالتسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي إعلام المسلم فيه وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع
والصفة والقدر وفي تأجيله يعني إلى أجل معلوم وقد تقدم بيانه معللا وفي بيان مكان الإيفاء كما تقدم وفي القدرة
على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم
في حصة الدين باطل سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداهما إلى الدين لفوات القبض ويجوز في
حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا أما إذا كان أطلق ثم جعل
المائة من رأس المال قصاصا بالدين فلا إشكال في طريقه كما لو باع عبدين ثم هلك أحدهما قبل القبض كان البائع مبيعا
بالحصة طاريا وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لأن النقود
لا تتعين في العقود إذا كانت عينا فكذا إذا كانت دينا فاستوى الإطلاق والتقييد سواء ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين
ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ وقيد بقوله مائة منها دين على المسلم إليه لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لأنها
ليست بمال في حقهما قال ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه
شرط صحة السلم احترازا عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله
لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما المسلم فيه فكذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا
بأس به بعد ما له المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فرأس المال إن كان مثليا جاز أن يبيع مرابحة وإن كان قيميا لا يجوز
إلا ممن عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو أن يشرك شخصا آخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتهما ظاهرة وتخصيصهما
بالذكر بعد ما دخلا في العموم لأنهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض أن التولية جائزة لأنها
إقالة وهو معروف فإنه يوجب غير ما تولى فإن تقايلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه

كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه
اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع لان البيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك
لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل رأس المال مبيعا ليرد عليه العقد ولكن لما فرضناه بيعا لم يكن بيعا من كل وجه باطل
وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو
عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل
القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله
لانتهاء لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق الثالث لا غير وليس من ضرورة
اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة وان ثبتت بالبينة وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان
للاحتراز عن الكالي بالكالي لان المسلم فيه يسقط بالاقالة فلا يتحقق عند ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا
السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه يسقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يتوجه لكن النص دفع وهم
من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو ابتنى ذلك في مبنى الدليل على انه لما صار معقودا عليه حيث لا يجب
قبضه ولو نفى رأس المال لوجب كان ادق على طريقته قوله في اول الكتاب ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية
وهي طريقته قوله ولا يجب تعيين بغير ان يسلمه فاولى من قراءة الكتاب قوله وفيه اي في جعل رأس المال بعد الاقالة
مبيعا خلاف زفر هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا في ذمة المسلم اليه كما جاز الاستبدال بسائر الديون
جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اسلم في كر من
الحنطة وهو تتوهم فيه اي فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء
حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه ففعل فاكتاله له ثم اكتاله
لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم فلا بد
من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر في فصل
التصرف باب المرابحة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بين قوله والسلم وان كان سابقا
جوابا عن سؤال بان بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشرى
فلم يتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي وتقرير الجواب ان العقد وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق
وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وقد جعل عينه
في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيتحقق فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشرى بشرط الكيل
فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر ففعل جاز
لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربوا ولهذا
لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان
وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم
رجل اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب ولم يكن له في غرائره طعام فانه

لايكون

لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر
وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون
فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري
غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في ايصال الغرائر
فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله الا يرى توضيح لتملكه المبيع فانه اذا امره بالطحن
في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وكذا لو امره ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي
الشراء من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره
ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البائع نائب
عنه في الكيل فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غرائر
المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد تقدم قبل باب التولية ولو
امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في
يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم
في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو
المشتري فيها فلا يخلو البائع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين
فلصحة الامر فيها لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشتري في القبض كالوكيل
بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت
القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار
ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والصبغ اتصلا بملك الساجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا
العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا فان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم
صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين ولهذا كان المأمور بجعله في الغرائر متصرفا في
ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله
فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه لما حصل باذن
المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأمورا به وفي عبارة النص تسامح لانه حكم بكون الخلط
غير مرضي به فاي مستدرك بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم
على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة وكانه قال ولا نسلم ان نفس الخلط مرضي به وقوله الحجة نسلمه
فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا

فمات الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم يبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت
الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة
حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا
فيجب ردها فقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قائما فلا يرد ما قيل ان الجارية قد هلكت
والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يعرف به الفرق
بين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر ويصلح الى شرح
قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم وكان متعنتا وهو الذي ينكر
ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق وان كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قول من يدعي الصحة وقد
اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكر وان
انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا
فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول
له لشهادة الظاهر ولانهما لما اتفقا على عقد واحد ثم اختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة
العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه فالقول لمن شهد له الظاهر لانه [illegible] الصدق وفيه بحث
لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه
يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على
المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقولهم
وشدة تحرزهم عن الغبن في المبايعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه
في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فمنكر الصحة صورة
وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسألة وهو
ان يدعي رب السلم الوصف وانكر المسلم اليه لم يذكر محمد في الجامع الصغير والمتاخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول
لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة
قوله وهو متعنت تعبير عنه بما ذكره بعض بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعيد
والمطابق وتعرف ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت
في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم
له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس لجانب المص لان الفساد بعدم الاجل غير متيقن
لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون
النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسألة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان وضع
المسألة على خلاف مخالف [illegible] غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ثم ثبت
ذلك وليس يطابق لما ذكر صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكر فالقول لرب

الم

السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح
الا عشرة وقال المضارب بل شرطت نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة
القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر وقد اختلفا
في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا من وجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني
ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اقدامهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ساع
في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها بنوع محل الاختلاف
فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد
مدع لعقد آخر خلافه وهو وصف العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف للوصف المتناقض
المردود لوصف المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل والمكان السلم عقدا واحدا كان
الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو متناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف
فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب
المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوصف باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر غير
غير اللزوم لانه لا ينقلب بعقد آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكره في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك
نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر
ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب من الزيادة الجواب ان العقد المذكور كان مبنيا على اشياء ورود النفي والاثبات
على محل واحد وهاهنا قد ورد عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله
وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف بعض المعطوف عليه كما اذا اشهد احد شاهدين
بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سبق فيكون النفي والاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي
الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب حسن العقل ومعه قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين
في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يريد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور
التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف
الوزن فذكر الطول والعرض لا يكفي ولا بد من ذكر الوزن لان المسلم اليه ربما ياتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك
الوزن ولكن [illegible] لا محالة وما في النبات فالوزن ليس بشرط وذكر شيخ الائمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في
الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة قال ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت آحاده في المالية كالجوز
واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي لا يتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا
كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه يعلم بالوزن فلا يتفاوت في المالية ولا باس بالسلم
في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار
فيلحق بالعددي المتقارب قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشتمل جميع
جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز

خلافه

تمام

السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل
ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله صلى
الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وهي كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان
ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه والمقصود ههنا معرفة المسائل الجزئية فيقدم
الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط
السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي **قال** وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو
ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضها او لا يسلم
وهو لا يخلو اما ان يكون مما فيه تعامل او لا والاول اشار اليه بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقمة وخفين او لا والثاني لا يجوز
قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل والدليل على ذلك قوله بغير اجل ووجه الاستحسان
الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في ساير الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله
كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول
دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان
الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار والصحيح قول العامة
انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان وانه يجري فيما فيه تعامل دون ما لا تعامل فيه
كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده والخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل
وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا يرى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه كان لكل
واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان
المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة
للمستحاضة جعلت موجودة حكما للتعامل فان قيل لو كان بيعا لما صح ذلك لان المعقود عليه هو العين المستصنع او المعقود عليه
هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض
بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكره في جامع قاضيخان واجيب بان للاستصناع شبها
بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا
يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل
الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك
اجارة محضة اجيب بان الصبغ اصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستاجر
وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما كان لا وجود له من حيث صفته الا بالعمل اشبه الاجارة
في حكم بطلان العقد ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا لانه

اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في
كل منهما على خلاف ذلك **قال** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد ما رآه بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على
العمل لانه باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان
شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيوط وعن
ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل
الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه
فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع
مجبور على القبول فلما علم الخيار عدم رضاه فان قيل ذلك الجهل منه وهو لا يصح عذرا في دار الاسلام اجيب بان خيار
المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا وليس على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين
وانما الجهل الذي لا يعتبر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في خيار اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر
لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت جهلا بان لها الخيار بطل خيارها
لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز في الاستصناع فيما لا تعامل
فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول
المسألة احتراز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل
فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق وقد ذكر بعضهم ان الاجل انما ذكر على سبيل الامهال اما المذكور على سبيل الاستعجال بان
قال على ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني انه ذكر
المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال
وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة للاستصناع وتقديم ان ذكر
الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس
بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وتقدير السلم احق لان اللفظ
محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع
بلا شبهة فيه وفي تعامل الاستصناع نوع شبهة بين ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت
بآية المداينة والسنة دون الاستصناع **مسائل منثورة** اي من مسائل من كتاب البيوع شذت عن ابوابها
ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا **قال** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع
جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون
محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب
يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن

ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه ولم يتعلق قلنا كان
قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد وللماشية وللزرع وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله
عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي هي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء الحاقا بفعيل
بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سؤره فانه يتولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه
لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى
فان المدعى جواز بيع الكلب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكرهما لابطال قول
العموم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكر في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما
انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيص بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث
في شرح الاثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد
قتله رجل باربعين درهما وبه المخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى
العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة قوله ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان
مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب بعينه وذلك لا يدل على المالية كالادمي
ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان
الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث ويجري
الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فيثبت الحرمة في كل جزء فسقط
التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحم الحمار للمخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع
ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها قوله والحديث محمول
عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابن سيرين انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب
الصيد وذلك دليل على تقدم نهي نسخ لانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها
فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن
ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن
الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه
في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس بنجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما يجيء

قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقوم بقيمتها سعا وثمنا ولا
يترتب على ذلك في البيوع ويستدل لقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة
قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه
في العام الذي حرمت راوية كما كانت يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال
فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها

قال

قال واهل الذمة في المبايعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد
وكذا كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا بينهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المص رحمه الله على ذلك بقوله
عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق
محتاجون الى ما يبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا يبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه
الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان
عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون
دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا سوءاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير
والخمر فقال العامل انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله ومن
قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان ان يشتري عبدا بالف درهم ومولاه لا يبيع الا بالف وخمسمائة
والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك
خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكر وبناه على الاصل الذي ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا
وتلحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها
فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز ان يلتزم
تسمية الزيادة ليتحقق المقابلة منصوصا وان كانت تعني ليخرج عن حد الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم
يقل صار ذكر خمسمائة ابتداء الضمان رشوة منه على البيع باستيفاء المال والرشوة حرام لا تلزم بالضمان واعترض بوجوه الاول
كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على
المشتري ويجعل عند الضمان ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره
فكذلك الزيادة والنكر الصايب في اصل المسئلة يغني عن منع الاسولة والجواب عنها ولا باس بتكرار ذلك للتحقيق فان
ورود السؤال انما كان بعوض فهم اصل الكلام فجوابه بتكراره وذلك انا قد بينا ان فضول الثمن قد يستغني عن
يقابل بمال جزء فجزء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا
زيادة فيكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك
يطلب من التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان
اصل الثمن لا بد ان يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة ومع ذلك لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز الالتزام
وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام للمضاف دون المضاف اليه وقيل هو خلاف ما تقتضي اساليب النحاة وقال
ابن عصفور بعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جدا وقيل الخمسمائة مثل سائر ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسمائة بل
الجزء المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل

اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية النكاح وهو الملك في الرقبة على
الكمال وما ثبت مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما
تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطء للمكان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم
يطأها الزوج فليس بقبض والتزويج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف حتى لو هلكت بعد
ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب
المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان ان في التعييب
الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا ولم يوجد ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف
للمالية وبهما الملك ولهذا يثبت له الولاء ونحوه فكان بذلك يصير قابضا قال ومن اشترى عبدا فغاب المشتري رجل
اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم
البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع
الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع
فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده
طولا بحال الملك كان مشغولا ولو اقر به ناقصا كما صح بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا
على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعين فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن احق بالمرهون يبيع في دينه وكذا
الاستيفاء للمشتري اذا مات قبل قبض المبيع فعلمنا ان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع لان بينة
البائع لم يقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب
ممتنع عندنا وفيه بحث من وجهين الاول ان اقامة البينة على الغائب لا يجوز لانها تقبل عند انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول
الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضي الى القضاء على
الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالفرق بينهما تحكم والجواب عن الاول
ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء ولهذا القاضي يقضي بموجب اقرار البائع بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار
الخصم وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع
المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك
حق البائع وقد يتسامح بتاخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل
ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث بما ذكرنا ان ليس القضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار
بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وبه ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه
فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص تبع هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب
احدهما فللحاضر ان لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقد اجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب
من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقد عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه

من العبد

من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه بمنزلة الاجنبي واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقد لاجله
ولو لم يكن مجبرا على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك ولو احتج عن نصيب صاحبه
قبل القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ويكون البائع له حق حبس
ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وعجز المستعير او غاب
فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا لما
يذكر ان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حال حضور الشريك وغيبته وفي الحالين
فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة الحضور مفقود لامكان ان يخاصمه
الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن
فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا
بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشي
واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما يجيء قال
ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية وقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ووجب
عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو يقتضي عطف مع
الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية احدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يعيد
المثقال بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة وليس ذكر منه
محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير ومبسوط الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه
ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجبت المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب
مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم
والدنانير لان تحول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال ومن له
على آخر عشرة دراهم جياد رجل له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في
الوصف مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر ولو نقص عن كميته رجع عليه بقدره فكذلك
اذا انتقص كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم امكانه ولا عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم
جاز وكان استيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها بانفرادها بايجاب ضمانها
غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس لا قيمة لها ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لانه
المضمون مع الوصف والغرض انه من حيث الاصل مستوفى فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع
ولعرض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز ... ككسب المأذون له
مضمون على المولى ... والثاني ان المغصوب اذا ... ضمان ...

والجواب عن الأول أن الغايتم ثم إنما هي للجزاء فكأنه تضييف الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن
يكون الأصل تابعا له قال وإذا افرخ طير في أرض رجل إذا افرخ طير في أرض رجل ولم يعد لذلك لم يملكه فهو لمن أخذه
وكذا إذا باض فيها أو تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لأنه مباح سبقت يده إليه فيملكه ولأنه صيد والصيد
لمن أخذه بالحديث وكونه يوخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله في أرض إنسان فإنه للآخذ دون صاحب
الأرض والتكنس التستر ومعناه في الأصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى
لو كسر أحد فهو له والبيض في معنى الصيد لأنه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه قوله بصاحب الأرض
لم يعد أرضه لذلك إشارة إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصطاد به كان له فأما إذا لم يعدها
فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعلق بها صيد فهو للآخذ وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في
ثيابه لم يكن له ما لم يضمه إلى نفسه أو كان مستعدا له بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه فإن العسل لصاحبها لأنه من
أنزاله أي من أنزال الأرض وبل المكان مجمع نزله وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما أن العسل صار قائما بأرضه
على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع
خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الأثمان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم في أول السلم وسمي هذا
العقد صرفا لاختصاصه بالتقليب أما للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والرد لغة وأما لأنه لا يطلب
إلا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد إلا الزيادة ما يحصل في مقابلها من الجودة والصياغة إذ النقود لا ينتفع بها بعينها كما
ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده كان فيه فائدة أصلا
فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث وإذا كان المطلوب
به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قال الخليل ناسب أن يسمى صرفا ومنه يعني كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة
النافلة صرفا قال صلى الله عليه وسلم من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه أداء
الحق إلى المستحق وشروطه على الإجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع
الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر قال فإن باع فضة بفضة فإن باع رجل فضة بفضة أو
ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفت في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله
صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها
سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا أخرجه محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الأصل عن أبي حنيفة عن
الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتي عمر بن الخطاب بإناء خسرواني قد أحكمت صياغته فبعثني به لأبيعه فأعطيت به
وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال أما الزيادة فلا قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق قبض
عوض الصرف قبل الافتراق بالأبدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك
أن يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى والمعقول وهو أنه لا بد من قبض أحدهما إخراجا
للعقد عن الكالي بالكالي وبذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا
قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله لا بد من قبض ولأن أحدهما دليل آخر وتقريره أن أحد العوضين ليس أولى بالقبض

من الآخر

من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر
لإطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره قوله ولأنه إن كان
يتعين جواب عما قال بيع المضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالي بالكالي وبيع المصوغ بالمصوغ أو بالمضروب لا كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره
أن المصوغ وإن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فإن قيل
فعلى هذا التقدير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لأن في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل
فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة بنيت
على الشبهة الأولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله إلا يدا بيد لا
بالشبهة لأن الحكم في موضع النص مضاف إلى النص لا إلى العلة فيكون الحرمة في مثل الصورة باعتبار الشبهة والمراد
بالافتراق ما يكون بالأبدان حتى لو مشيا معا إلى جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن
عمر رضي الله عنه وإن وثب من سطح فثب معه وقصته ما روي عن ابن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت
إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة
ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وإن وثب من سطح
فثب معه وفيه دليل على أن المفتي إذا سئل عما لا يحل ينبغي أن يبين للسائل الطريق المحصل للمقصود مع التحرز
عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد بقوله إلى جهة واحدة لأنه إلى جهتين يوجب تفرق الأبدان وهذا
التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع إلى قوله لم يبطل الصرف يعني إن مشيا بعد التخيير
معا وكان إلى جهة واحدة يبطل خيارها لأنه يبطل بالإعراض وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء على وزن هات بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا
كتابيه قوله فإن افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين لبقاء العقد فإن افترقا قبل قبض العوضين
أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من يقول إن القبض شرط الصحة فإن شرط الشيء يسبقه
والقبض لما هو بعد العقد وما أجيب بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد وإن اشتراط القبض مقارنا لحالة
العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراخ لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس
لأن المجلس للعقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في المجلس كالموجود وقت العقد
حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا إذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمحل
مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء عن هذا أي ولأن الافتراق بلا قبض يبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الأجل
بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر لأن بالخيار لا يبقى القبض مستحقا
لمنعه الملك وبالأجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم
يكن في الحال مستحقا وفي الأجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر ما ينافي الشيء مفوت له كذا قيل وكأنه راجع إلى أن
في الأول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت قوله إلا إذا أسقط في المجلس يعني
إن كان الخيار لهما أو لمن له ذلك فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس

وإن أسقطا الأجل فكذلك وإن أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أن صاحب الأجل إذا أسقط
الأجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية
يثبتان في الصرف كما في سائر العقود إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا في الدين لأنه لا فائدة في رده بالخيار إذ
العقد لا ينفسخ برده وإنما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدته قال
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فإذا باع دينارا بعشرة دراهم
ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى إذ الربا حرام
حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر رحمه الله لأن الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فينصرف العقد
إلى مطلق الدراهم إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل الصرف في ذلك سواء وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهب
العلماء الثلاثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس أحدهما
أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وإن كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه ومبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وإن كان كل
واحد مبيعا حقيقة قيل لا يخرج عن الأولوية فإن ما دخله الباء أولى بالثمنية وأجيب بأن ذلك في الأثمان الجعلية
كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير إذا كانت دينا في الذمة لا في الأثمان الخلقية قوله وليس
ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين كان
المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما وقت
العقد وليس كذلك فإنه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح وأجيب بأن
الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وإنما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده لا
قبله فلا يشترط وجوده قبله قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة إذا كان الصرف بخلاف الجنس صح
مجازفة لأن المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء وهو
المعقود المتقدم ذكره دليل لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فإنه لا يجوز إذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وإن كانا
متساويين في الوزن في الواقع لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لأن الفضل موهوم والموهوم في هذا
الباب كالمتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله تعالى لأنه لا سبيل إلى ذلك وإنما أراد المماثلة في
علم العاقدين ولم يوجد فإن وزنا في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لأن ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رحمه الله إذا عرف التساوي
بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لأن الشرط هو المماثلة والعرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا أن المراد
بها ما هو في علمهما قال ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود
عن كونها صرفا باعتبار مقابلتها بالثمن فإذا باع جارية قيمتها ألف مثقال بألفي مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا
فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب شرعا لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية
ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الإتيان بالواجب تفريغا للذمة كما إذا ترك سجدة صلبية

وسمى

وسمي أيضا ثم أتى بسجدتي السهو وسلم يصرف إلى سجدتي السهو لا إلى الصلبية وإن لم ينوها وكذا لو اشتراها بألفي مثقال
ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حاله المباشرة
على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فإن دفع ساكتا عنهما
جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الإتيان بالواجب وإن صرح بذكرهما فكذلك لأن الاثنين قد
يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وإنما يخرج من أحدهما فيحمل عليه تحسينا للحال وإن قال هذا من
ثمن الحلية خاصة فالكلام فيه وإن قال هذا من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في
الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والإضافة ولا مساواة بعد تصريح قوله إن المدفوع من ثمن
السيف فإن لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها وأما في السيف فإن كان لا يتخلص إلا بضرر
فكذلك لعدم إمكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص بلا ضرر جاز في
السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية قوله وهذا إذا كانت الفضة المفردة يعني
الثمن أزيد مما فيه يعني في المبيع تتميم للكلام لأن فرض المسئلة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم
الكلام لبيان الأقسام الأخر وهي أربعة الأول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من الفضة التي مع غيرها وهو جائز لأن
مقدارها يقابلها والزيادة في مقابلة الغير فلا يفضي إلى الربا والثاني أن يكون مثل المتضمنة وهو غير جائز لأنه
ربا لأن الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها والثالث أن يكون المفردة أقل وهو واضح والرابع أن لا
يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر رحمه الله فإن الأصل عنده
والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أنه لا يدري يجوز في الواقع أن يكون مثلا وأن يكون
أقل وأن يكون زائدا وإن كان زائدا جاز وإلا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهما علة
الفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب بعض الأئمة الكردري رحمه الله بأن المراد أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما
لا الترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال ومن باع إناء فضة
ثم افترقا ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما
قبض واشتركا في الإناء لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحيحا في بعض وبطل
في آخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الصحة فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم
تفريق الصفقة وذلك فاسد لأن تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وهنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد يعبر
بتمام الصفقة قال ولو استحق بعض الإناء أي ولو استحق بعض الإناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار إن شاء
أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاضها بالتبعيض
وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض قال
وإن باع قطعة نقرة المراد من النقرة قطعة فضة مذابة فإضافة القطعة إلى النقرة من باب إضافة العام إلى الخاص وإذا باع
قطعة نقرة ذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لأنه لا يضره التبعيض
بخلاف الإناء قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين

تمام الصفقة تناهيها في اللزوم بحيث لا ترد إلا برضاء أو قضاء

جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري
شعير وكري حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى
الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منهما الى خلاف جنسها عند العلماء الثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان في
الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين
ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا
اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه من
البائع مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع
بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا ينصرف الى الثوب وليس ذلك الا لما ذكرنا ان قضية المقابلة الانقسام
على الشيوع دون التعيين والتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما كان
جائز الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكرين
فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر ربا واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ومن منع
تعينه لذلك بامكان ان يكون احد الدرهمين مقابلا بالدرهم والدرهم الآخر مقابلا بالدينار من الدينارين والدينار بمقابلة
الدينار الآخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم
تعيينات كثيرة وما هو اقل تعيينا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير
وصف التصرف واصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لانه موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل باق على حاله غير متغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا
لتصرفه وان كان في ذلك تغيير التصرف من الشيوع الى التعيين لكن اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باق ثم
اجاب عن المسائل التي استشهدا بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
ولا يخلو اما ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او بغير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم
في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله
يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية
فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وقد تقدمت هذه المسئلة
في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده
والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في
الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح قال ومن باع احد عشر درهما
بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية في ثمن احدهما وهي صحيحة كالاولى
ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر
من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال

ولو تبايعا

ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئا معها بخمسة عشر درهما فاما ان يكون لما معها قيمة او لا والاول اما ان
يبلغ قيمته النقصة او لا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة ثم ربا اذ لا يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان
كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم يبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او
جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه
يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر
فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الذي بمقابلة الدرهم وقيمته
الدينار تبلغ درهما او ازيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والجواب ان
السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها
الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب وفضة زايدة ليست
بظاهرة قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة تبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه
اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا فقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم
فباع الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة من ذمته لانه ملكها
بدلا عن الدينار غاية ما في الباب انه عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي
ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد العوضين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض
الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التساوي فيلزم الربوا وهنا عدم ما يخاف فيه لان الدينار نقد
وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين يجب
بقبض الآخر للاحتراز عن الربوا والربوا انما هو خير يسقط وانما هو خير يتبع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق
العقد ولم يضف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا او لا فان كان الثاني لم يقع المقاصة
ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه
استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد دين واجب
التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق لقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس من صفته
فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين
قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لابد من التصحيح ولا صحة لهما مع بقاء عقد الصرف
فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لم يكن كذلك كان استبدالا
ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد وكان لهما تغيير وصف
العقد مع بقاء اصله بطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من وجهين الاول ان
عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق والثاني ان الثابت بالاقتضاء
يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة
الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة لوجب قبض الدينار على البائع بحكم اقالة الصرف

لأن ثالثة الصرف حكم الصرف والجواب عن الأول ما أشار إليه المص رحمه الله بقوله ولو في الإضافة إلى الدين يعني الموجود
يقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بأن المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لأنهما لما أبطلا عقد
الصرف صار كأنهما عقدا عقدا جديدا فيصح المقاصة به وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية يثبت في ضمن المقاصة
فجاز أن يثبت بقبل سنن الإقالة وحكم البايع وزفر رحمه الله حيث لم يقولا بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين لهم
وجه القياس فإن قيل لم ترك المص رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روي أنه قال لرسول
الله صلى الله عليه وسلم إني أكري إبلا بالبقيع إلى مكة بالدراهم وآخذ مكانها دنانير وقال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم
لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على أنهما كانا يضيفان
العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر رحمه الله وإن كان لأحد على آخر اشترى دينارا
بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم إن المشتري للدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم أرادا أن يتقاصا ففيه روايتان
في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الإسلام وقال المص في أصح الروايتين يقع المقاصة وفي رواية
أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضي خان لا تقع المقاصة لأن الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة
في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الأصح أن قصدهما المقاصة تضمن انفساخ الأول والإضافة
إلى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين ح سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال
الأول وليس بدافع كما يرى إلا إذا أضيف إلى الدين يقتضي أن لا يقع المقاصة بين العوض والدين أصلا لعدم
المجانسة إلا أنه يستحسن ذلك بالأثر ويقوي هذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد
سواء وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الأول ولولا
لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فإذا أضيف
الدين السابق تجانسا وإذا أضيف إلى غيره تحقق عدم المجانسة بين العوض والدين السابق وأما المجانسة
ح بينها وبين الدين المتأخر فإن ثبت أيضا وصح قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة الغلة الدراهم هي
المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيرد بيت المال لا للزيافة بل لكونها قطعا والتجار
وبيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع أما الأول
فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلأن المانع إن تصور هنا فهو الجودة وهي
ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الأصل أن النقود لا تخلو
عن قليل غش خلقة أو عادة فالأول كما في الردي والثاني يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت فإذا كان كذلك
يعتبر الغالب لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك وإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا
في حكم الذهب والفضة يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض
ولا الاستقراض بها إلا متساويا في الوزن وإن كان الغالب عليها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فإن اشترى
بها أثمانا فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى
فالبيع فاسد وإن كانت أكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس

خلاف الجنس ويحتج بحكم فضة وصفر قوله ولكنه صرف جواب عما يقال إذا صرف الجنس إلى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون
التقابض شرطا ووجه ذلك أنه صرف في الجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد
فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين وإذا اشترط القبض في الفضة يشترط في الصفر
لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر ومتن يشير إلى أن الإشارة إلى أنما يتحقق عند عدم التميز قال المص رحمه الله ومشايخنا
يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة أي الدراهم الغطريفية وهي منسوبة
إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الهادي ربيب الرشيد لأنها أعز الأموال في ديارنا
فلو أبيح التفاضل فيه أي لو أفتي بإباحته تداعى إلى الفضة والذهب بالقياس ثم إن كانت المعاملات بهما
المعتادة فإن كانت تروج بالوزن كان البيع والاستقراض فيهما بالوزن وإن كانت تروج بالعد فيهما بالعد
وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليهما ثم هي ما دامت تروج يكون أثمانا لا تتعين بالتعيين
فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين
كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن
صاحبه يعلم وإن لم يعلما أو يعلم أحدهما أو علما ولكن لا يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة
في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار إليه وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن علم البايع حاله لأنه رضي بجنس الزيوف وإن لم يعلم تعلق العقد بجنسها
من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد وترك الناس المعاملة بها بطل
العقد عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمتها يوم البيع وعند
محمد آخر ما تعامل الناس بها والمص فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد
الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كانت لا تروج في
جميع البلدان لأنه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن وأما إذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في
غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبايع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع
وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن
يكتفي بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما لما جاز باعتبار اصطلاح بعض الناس
وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا لهما أن العقد
قد صح لوجود ركنه في محله عن غير مانع شرعي إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى
بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع وقال محمد يوم الانقطاع
أي الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة في ذلك اليوم ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن هلك بالكساد لأن
الدراهم التي غلب غشها إنما جعلت ثمنا بالاصطلاح فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية بقي بيعا
بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناولها عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لأنا نقول إن العقد تناولها
بصفة الثمنية لأنها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد يعدم منها صفة الثمنية وصفة العينية

في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصنعة ما التي في الاعيان ولو انعدم المالية سلك المبيع قبل القبض
او تخمر العصير فسد البيع كذا هنا والحاق عن الرطب ان الرطب يرجى الوصول في العام الثاني غالبا فلم يبطل من
كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان تحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فلا
الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصل والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل
عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رد عينه
وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد مثل حكم
الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المص بقوله وعند محمد يوم الانقطاع ثم كان ضد البحث
في الكساد واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم
بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال ويجوز البيع بالفلوس البيع بالفلوس جائز لانها مال معلوم اي معلوم قدره
ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان العدد … بيع او الافادة الثمن انها اما ان تكون نافقة او كاسدة حالة
العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين
ذلك وبين دفع مثله وان لم يملك ذلك … ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد من تعيينها لان البيع حينئذ لا يجوز الا بالتعيين لانها سلع ولذا باع
بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها فعند ابي حنيفة يبطل البيع
خلافا لهما قال … الذي ذكره … الاختلاف يخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث
ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة وذكروا نقل الكتب المذكورة …
سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل
القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم
البدل كما لو ابق العبد او كما لو اسلم في الرطب فانقطع او انه من نظام قوله عندنا ان يدل على الاتفاق لكن الدليل الذي ذكر
لزفر رحمه الله يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله نفسا ابهما يفضي
الى التحكم الا ان … يعني فهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال ولو استقرض فلوسا فكسدت
اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اي استقراض المثلي اعارة كما ان
اعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان
قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات … رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويحصل معنى العين حقيقة
لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو الربا فان قيل كيف يكون المثل معنى العين وقد فات
وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثلها حال كونها نافقة اجاب المص رحمه الله بان الثمنية فضل فيه يعني
القرض اذ القرض لا يختص بها اي بصفة الثمنية … لان الثمنية ليست من القرض وهو ظاهر ولهذا لو …
فجاز ان ينفك القرض عن الثمنية ويصح استقراض من حيث كونها من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض
جائز في كل مكيل وموزون او عددي متقارب … والكساد لم يخرج عن كونها من ذوات الامثال بخلاف البيع لان خروجها
في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية بالنسبة الى العين والقيمة ولا …

اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانها لما بطل وصف الثمنية … قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها
فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف … يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ما
قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد في من غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم
الغصب وعند محمد يوم الانقطاع قيل وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض من قول ابي حنيفة رحمه الله لان في
رد المثل وهو كاسد ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف … القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض
اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض كما ان في قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته
يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وساير الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان
قوله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس
يعني ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه ما يباع بذلك العدد
من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه اشترى
بالفلوس وهي معدودة بنصف درهم ودانق وقيراط وهو … ذكر العدد … في العقد فبقي الثمن
مجهولا وهو مانع عن الجواز قلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان
مغنيا عن ذكر العدد ولذا زاد على الدرهم … بناء على كونه معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما
فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة
ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا اشتراك العرف
قال ومن اعطى صيرفيا … الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا …
نصفا الا حبة مما صغيرا او بنصفه درهما كبيرا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما … قابل النصف
الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه من الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا … جمع … باعهما صفقة
واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رحمه الله والثانية … الاعطاء في المسئلة الثانية
فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر … وقال يعني بنصف
هذا الالف عبدا او بنصفه … فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة
وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه ابي الليث … وشيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا
ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطى مساومة وتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان ذكر
المساومة لا ينعقد البيع بل ما لم يقل الآخر اشتريت … ينعقد
بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح … وهو اختيار المص والثالثة ان يقول اعطني بنصفه درهم
فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة … والفرق بينهما وبين الاولى … لفظ بنصفه
قابل الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف الدرهم الا حبة فيكون نصف درهم … الباقي
بازاء الفلوس قال المص في اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية … قوله اعطني بنصفه درهم فلوسا ونصفا الا

وهي الثالثة فيما ذكرنا من بين تلك المسائل الثلاث التي ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرح المختصر
وهذا غلط من الناسخ

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرا بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب الدين ربه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من هو عليه لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم الدينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين **قال** الكفالة ضربان الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفيل بما لا يقدر على تسليمه لانه لا ولاية له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه السلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يترتب فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو غير موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على التسليم قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ذلك قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا تصلح دليلا قوله والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان شرع الكفالة من الضم في المطالبة يتحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي صيانة حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا **قال** وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه مجازا كقوله تكفلت برقبته او براسه او بوجهه فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصفه وثلثه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم

من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي فالكل هو اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه وقبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعي فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز او تمرد فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم في موضع الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة **قال** واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فيبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك على ما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت واما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم مستحقا على الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرئ وقيل ان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي ليثبت الحق عليه ويأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق والغلبة لاهل الصلاح لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت في التسليم في مصر دون مصر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فيقيد التسليم بالمصر الذي كفل فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن وقد كان الحابس هو الطالب يبرئ

غير مبرئ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا
يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان
به قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما
او موت احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد الدين من ماله اجاب
بان المال لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا
نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نيابة اذ المقصود ايفاء حق
المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره
كما في حالة الحياة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن له وصي فلورثته ان يفعلوا ذلك
لقيام كل منهما مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر يعني كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك
فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء يعني البراءة وذكره لتذكير الجزء وهو حسن ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم
وتقريره ان التنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب
التصرف وحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في ساير الموجبات وقال في النهاية لانه موجب
التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها
صريحا وليس شيء ادل على الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لدفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه
فلعل الطالب يقول لم استوف حقي فالمطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال لمن يقول وجب عليه تسليم نفسه ولم يذكر التكرار اذا
وجد التسليم لا يشترط قبول الطالب للتسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف
على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك اضرارا لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو
سلم الاصيل نفسه عن كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليم الكفيل
لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم
لكن اذا قال دفعت نفسي عن كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل
فلم يصرح بقوله عن كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا ما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب
بالخصومة اي لان المكفول به مطالب بالخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا وفيه نظر لانه لا يلزم من
انتفاء التبرع وقوعه على الكفيل ليبرئ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل
عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه
قال وان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا بان قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو
الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال ووافاه اي اعطاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقل الذي عليه
الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه

ولم يستعمل الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما ادركك في
هذه الجارية التي اشتريتها من درك صحت ثم الحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة بالنفس خلافا للشافعي
والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند لزوم ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال
يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يعني تعليق
الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا
صح التعليق ووجد الشرط لزم المال والدليل على الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه
وتقريره ان الكفالة بالنفس لما استحقت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء او موت ولم يكن الكفالة
بالمال منافية لها لاجتماعهما وذلك لان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات
اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال يثبت بدلا عن الكفالة بالنفس
ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل عنه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع
للتوثق كما مر والكفالة بالنفس تعذر تحملها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذلك واجب لا في خصال الكفارة على الصحيح
قال الشافعي هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه
البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا هاهنا
والجواب انا لا نسلم انه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال كما بيناه
ولئن سلمنا انه يشبه البيع مطلقا او من وجه الاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر
من حيث الالتزام فلشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها ولشبه النذر يقتضي جوازه واعمال الشبهين
اولى فقلنا انه لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ومجيء المطر ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم
الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس وعنهم في ذلك كرم عشيرتهم
فيجري الكفالة بالنفس قال ومن كفل بنفس رجل يعني كفل بنفس رجل وقال ان لم اواف به غدا فعلي المال فان
مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير وهي وان وافقت
مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل واحد منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكن عدمها هاهنا بالموت وفيما
تقدم بغيره فذكرها بيانا لان العدم المعرفة بعدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة وهو ان الكفالة بالنفس اذا
سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها لان الكفالة بالمال لكونها للتاكيد لها ليست بمقصودة ولهذا اذا وفى بالنفس
لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت كما تقدم
ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول عنه والا لزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل
واجاب بان ما نظر الدين عنها اشتغل به بالابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ
الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد
الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم والضرورة الى القول بانفساخها
في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق مما ذكرنا ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا

لان المؤكد لم يسقط بالبينة اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل الدين يتضرر الكفيل وهو من فروعه قلنا الالتزام منه غير من فروعه وقد
التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل انما ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكيف لا يبين تب
عليها قلنا دعوى منه على خلاف ما اطلق لفظه في ازالة وافق ما لاعتبار في امر غيره قال ومن ادعى على آخر مائة دينار
ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها بانها جيدة او رديئة مشرية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به
غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى
بعد الكفالة انها موصوفة بصفة لا يسمع دعواه فلا يعين المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل
علق في الكفالة المطلقة التي ... حيث لم ينسبها الى ما عليه ... فلا يكون ... بعدم الموافاة بالمدعى عليه
غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه ان بينها او احتمال التكرار لم المال الذي هو على المدعى عليه لكن الثاني علق على وجه الرشوة ليترك ما لزمه
المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي فهو كما ترى يقتضي ان لا تصح الكفالة وان
بين المال وهو صريح النص والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلا يجب احضار النفس ولا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح
ما ينبني عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما
ان المال ذكر معرفا لانه قال فعليه المائة فينصرف الى ما عليه ويكون التبيين موجودا فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى
صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد رحمه الله
وقوله العادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما او بايس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوي
في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى كانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الاخر وعلى هذا صحت
الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا تجوز الكفالة بالنفس
من توجه عليه الحد والقصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضر في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن
اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف
واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليه كما في سائر حقوقه
وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي الغالب فيه حق العبد لما عرف ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب والتعيين
الجبر ههنا الحبس الى الامر بالملازمة بان يدور مع الطالب حيث دار المطلوب كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول
يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له دخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلس على باب داره ويمنعه من
الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء اعطا
قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى
احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكن بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس ولا يحصل الاستيثاق ولا
حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد
وما هو خالص حق الله تعالى قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح
وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والمراد منه الحدود والقصاص

على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل وهي استيثاق في الحبس ثم
ما اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما نذكر لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه
فيحبس المطلوب على اعطاء الكفيل كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير
جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب
الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم وكذا تجوز في حد السرقة يعني الحدود على الذي قيل قال ولا يحبس فيها حتى
يشهد شاهدان اي لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد
شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لانه لا ثبات
المدعي لانه يحتاج الى حجة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد
وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد شطريها وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة
بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة
كما في الاموال اذ ثبتت وعند موجبات السقوط وتمنع عن الوفاء لا يجب فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى
العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة
ولقائل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعي بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا
الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس بالتهمة ويمكن ان يجاب بان تحليلهم للتهمة على ان الحبس ليس للحاكم
ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود
لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والامتناع عن امثال
ما امر به فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم
في ذلك وقع تعليما للحكام حيث لم يكن صلى الله عليه وسلم متهما بذلك ثم لا تسمع الحجة الكاملة بحيل الدرء هذا والله اعلم
بالصواب وذكر في ادب القاضي لا يحبس في القصاص بشهادة الواحد عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق
فيستغني عن الحبس وقيل يعني كلامه في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية
اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة الكلام على ذلك خفاء لا محالة قال والرهن والكفالة جائزان
في الخراج اورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلاة دون الديون
المطلقة فان صحة الكفالة يقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك لانه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم عليه
ولاجله فصحت الكفالة عنه وكذا تجوز مطلقا في حق الحياة والممات بخلاف الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة
فلمطالبة الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما
كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين
صحيح يصح المطالبة به في الحيوة والممات تصح به الكفالة بالاستيفاء لوجود ما شرع له وقوله يمكن الاستيفاء اشارة
الى صحة الرهن فانه يعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه

قيل في كلام المص لف ونشر مشوش ولا بعد في قصد ذلك قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم رد الكفلاء عن
شخص واحد صحيح كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي تلزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة
الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا
يرتد برده لرجوعه الى الزوم لا الى الطلب على الطالب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية
يزداد التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول
بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما ازداد الا ما نقص فلو صححنا
زيادة لم يكن زيادة بل خلفا باطلا وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم انما وجب على الثاني فلو بقي في
على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب
ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم الفرق بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل
وذلك باطل غير انه اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال واما الكفالة بالمال
فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او
مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة
على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة او غيرها بعد ان كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة
بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو استشهاد دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول
لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول فيصار
الكفالة بالمجهول كالكفالة بالشجة اي بشجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت مجهولة لاحتمال السراية والاقتصار
وانما قيد بالخطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بالجارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح وكلامه ذلك
في كلامه يحتاج الى التقييد بما شرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لان
الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة
ليس كذلك لانه يقدر المكاتب ان يسقط البدل بتعجيز نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به قال
والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل اي الدين وسمي اصيلا لان المطالبة مسبوقة عليه
فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور وكانت المطالبة فرعا وبين التخيير بناء على ما تقدم من ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرط البراءة فيصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة
بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة فله ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين
اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يتمكن على تضمين الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك قال ويجوز تعليق
الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء
مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا
او ان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة كقوله اذا هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون مكفولا

عنه

عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي
يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام
وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الفقهاء
ان هذه الآية محمولة على بيان الجعالة لا البيان الكفالة فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة
لان الكفالة انما يكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على
جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب وكان
معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك
لا عن نفسه فيتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب
الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول
عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت
بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال الله تعالى حمل بعير
ومعلوم انه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا والثانية انما تمنع لاجل الاضافة لا للجهالة لان الكفالة المضافة
الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما
فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير
قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير حضوره وقبوله كما تصح الطلاق والعتاق
من غير قبول المرأة والعبد واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب تمنع جوازه كما ان جهالة المشتري تمنع
البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا
على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر
كذا لا يصح جعلهما اجلا وفي كلامه نظر من وجوه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز
الكفالة مع ان الكفالة لا يجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح
اذا جعل والتعليق اما ان يكون فاعل لا يصح وهو التعليق او الكفالة فان لم يذكر الثاني والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا
لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعد الا انه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا
يطابق كذلك المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط
الفاسدة ومع ذلك فغير مستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسألة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام
نفي جواز الكفالة المعلقة بهما لان المجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة الموجلة كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة
بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع آخر لان التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض
بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء محل وصفه وتقدير التقرير ما يقاربه من كان على ذكر منك وعن الثاني
بان فاعل لا يصح للتعليق هو الاجل وتقديره وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث
بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله ويجب المال حالا وتقديره ان الكفالة لما صح تاجيلها باجل متعارف

لم يبطل بالإجمال الفاسد كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فإن قال تكفلت بمالك عليه
فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك
إذا ثبت بالبينة فيصح الضمان به وإن لم تكن بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لأنه ينكر الزيادة وإنما
كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقر بشيء مجهول وإنما كان مع يمينه لأن من جعل القول قوله
فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال والكفيل ههنا بقوله لأنه منكر
الزيادة فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به يصدق على الكفيل لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
في حق نفسه لولايته عليها كالمريض إذا أقر في مرض الموت يصح إقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث
يبدأ بهم على المقر له في حال المرض **قال** ويجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن
يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه السلام الزعيم
غارم وإطلاقه لا يفصل بين كونها بأمره أو بغير أمره ولأن الكفالة التزام المطالبة على الغير وذلك تصرف في حق نفسه
وكل ما هو تصرف في حق النفس يملكه الإنسان إذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب
غير متضرر بل منتفع بالكفالة والمطلوب لا يتضرر به فإنما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون إلا عند الأمر فإذا لم يأمر
لم يتضرر وإن أمر فقد رضي والضرر المرضي غير ضائر فتبين أن الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع
وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دين غيره بأمره ومن قضى دين
غيره بأمره رجع عليه ولا ينتقض بما إذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه أو عبدا كذلك وأمر الكفيل فإنه إذا أدى
لا يرجع على الصبي أصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك وأما إذا
قال الغير أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على
أن تضمن لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع
بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل إذا أدى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره لأن الطالب بالاستيفاء ملك
المال من الكفيل وإنما يقوم مقامه في استيفاء المال من الأصيل والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز
وكذا لو كفل بأمره ينعقد الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الأصيل لكن مؤخرا إلى أدائه ومن ثم لا
يكون عند كفالته بغير أمره قوله رجع بما أدى على أن الكفيل يملك المكفول به في ضمن الأداء إلى صاحب الدين
ثم إنما يتحقق ذلك إذا أدى ما ضمنه أو أنشأ له أو صالحه إياه على جنس آخر فأما الفصل الأول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى
ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لأنه مثل ما ضمن والثاني أن يكون أدى خلاف ما ضمن كما أدى زيوفا بدل ما ضمن الجياد ويجوز
لذلك أو بالعكس كذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى قال المص رحمه الله لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب
والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذا من نزل
منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ما إذا وهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فإن الكفيل حينئذ
يرجع على الأصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو إن مات المكفول له وورثه الكفيل فإنه ملك الدين ويرجع بما
ضمن لقيامه مقام الطالب فيه بخلاف وجهين أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين ممن ليس عليه الدين في الكفالة

ضم ذمة الكفيل في المطالبة لا في الدين والثاني أن في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن وأما في الأداء
بخلاف ما ضمن فقد تعدد الأمر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعني ما أدى وما ضمن والجواب
عن الأول بوجهين أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه
وههنا لا كذلك فإنه لا يصح لأنه تمليك الأعيان على تسليمه وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله
بالقبض فقبضه ثم وهبه إياه فيحتمل أن يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة
في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لأن الهبة
موضوعة للتمليك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك
لأن له ولاية نقل الدين إليه بإيجاب الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك إلى الفرق
بين إبراء الدين وهبته له فإن الإبراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فإن الإبراء إسقاط محض كالعتاق والطلاق
فيكتفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت مكانا قابلا للتمليك
وذلك في من عليه الدين في حق نفسه فمست الحاجة إلى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد كما لو
وهب العين من الأصيل صح الرد فكذا أمر الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب
وذلك موجود في الجميع ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطالب إلا بما ضمن فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على
صورة الحوالة وهي أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس عليه شيء وأدى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فإن المحال
عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب قوله كما ذكرنا في الحوالة قيل
يريد بالحوالة الكفالة بالمنتهى قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين جواب عن قياس الخصم الكفيل لا يرجع إلا بما أدى
بأمر المكفول عنه ووجه الفرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين أن المأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه أن
مال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى نزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبار ما فلو أدى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك يرجع بالزيوف
الجياد لأن أداء المأمور يرجع عليه فكذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا قوله يرجع
بما أدى بإطلاقه فيه تسامح وأما إذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين أحدهما أن صالحه على أقل من الدين كما إذا
صالح عن الألف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لأنه إسقاط فكان إبراء لما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع
الكفيل على المكفول عنه على ما تذكره والثاني أن صالحه على جنس آخر وفيه تمليك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي
قال وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول عنه به قبل أن يؤدي عنه
لأن الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملك قبل الأداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء
لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا
في مقدار الثمن والوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لأجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة
قال فإذا طولب بالمال إذا طولب الكفيل له أن يلازم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل
لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره وقال

الشافعي رحمه الله ليس لذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو موقوف فعليه الخلاص
واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرئ الاصيل وابرأ الاصيل يستلزم ابراء
الكفيل لان المطالبة بوجوب الدين وقد سقط بالابراء فلا يبقى المطالبة على الاصيل وموظام ولا الكفيل لان
الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها وقوله في الصحيح احتراز عن قول
بعض المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا يوجب
براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع والتعليل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان
عن الاصيل بالاداء والابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل فلا يبقى
ذلك فلا يبقى سندا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ينقض عما اذا اشترط براءة الاصيل في
ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق سنا كفيل بالباقي اذ ذاك
محال عليه ولم نقل ان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابراء الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على
الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا توجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل
بدون الطلب وبدون الكفيل جائز لا يرى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل واذا خر الطالب عن الاصيل
فتأخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر
بالابراء المؤبد وهذا بناء على اعتبار مذهب علماء التساوي وهو باطل الا يرى ان الكفيل لو رد الابراء الموبد لم يرتد بالرد
بل يثبت الابراء ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ورجع عليه اذا ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار
شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار ثم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجواز بين
قبول احدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكروه ان الابراء الموبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن
عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت هو تأخير مطالبة لا تمليك فيقبل اسقاط
وانما يرجع بعد الاجل والتأخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل بحال يجوز ان يكون رجوعه بخلاف يعتبر لاستلزام التأخير عن الكفيل
ان لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه لو تأخر
عن الكفيل بل هو تأخير لاصل الدين لانه شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان
المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد تغير تأخره واذا كان تأخير الاصل الدين هو في ذمة الاصيل تأخيرا عن
الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان تأخيرا عن المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير
اصل الدين قال فان صالح الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بحنسه على اربعة وجه
وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم يشترط شيء من ذلك ففي الاول
والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل من خمسمائة الا غير والالف بحالها على الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل
وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان بامره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب
قال قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ونقد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح

الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل عن ذلك ويبرأ به توجب براءة
الكفيل لما تقدم ويرجع بالمقبوض جميعا عن خمسمائة بادى الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى من الدين
بامره وان قال صالحتك بما على ان توجب الكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة
من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع على الاصيل بما ادى وهذا صالحه اياه بخلاف الجنس على ذلك الاصل الدين
منه بالمبادلة فرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم رجوع تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب
بان جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا عن الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وكون البراءة
مشروطا للكفيل يرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث
لا يمكن ان تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه مناقضا فيبقى الدين في ذمة الاصيل فالبراءة مشروطة له وبراءته توجب
براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا فعل بامره كما ذكرنا قال وقال الكفيل
ضمنت لك الذي هذه ثلاث مسائل تتعلق بالابراء اما ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية
ان يذكر ابتداء امام الطالب والثالثة بالعكس فالاولى ان يقول تكفيل ضمنت لك بامره والا فقد برئت الي من المال وفهم ان
على الاصيل ما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب اي الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء
وكان حقه ان يقول دفعت الي المال وقبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون له حق الدين مطالبة الكفيل
والاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفهم انه لا يرجع الكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطالب ايهما شاء
الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غير وذلك بالاسقاط ويكون اقرارا بالاتفاق واما الثالثة
وهو ان يقول ابرئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل ان يقول ابرأتك لان يحتمل البراءة
بالاداء والبراءة بالابراء والثانية اذا ما فثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك بخلاف قوله ان يحتمل البراءة
وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول البراءة اي الامرين كان وشككنا في الرجوع بان البراءة ان كانت بالاداء رجع
الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فالرجوع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول برئت اليك لانه اقر ببراءة
ابتدائها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل
قمت وقعدت مثلا وهو ضعيف فيه الايفاء لانه يصنع المال ويخلي بينه وبين المال فيقع البراءة
وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فهو لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقال ابو حنيفة رحمه الله مع
ابي يوسف في هذه المسئلة وكان المصنف اختار قاضي زاده وهو موافق للاحتمالين المصير اليهما اول وقال في جميع
ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في القياس الا انه هو المحمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجه
المذكور واعترض بوجهين احدهما ان المحمل لا يتم العمل به الا بتمييز في المجمل وقد ظهر مما ذكر ان المحمل
ممكن والثاني في ان حكم المحمل التوقف قبل البيان وههنا قد تعذر العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات
والنفي فكيف يكون مجملا مع انتفاء الامرين واجيب بان قوله برئت الي وان كان غير صالح للتصريح في حق الكفيل
وقبض الطالب من حيث الاستدلال الكنه صالح للتصريح فيه قبل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابرأتك
وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل الوجه الثالث استدلال لا ترجيح في الايفاء وغير الايفاء

بكان المحال به عند التحرز بالحمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال ولو كان
واضحا في ذلك لكنه على الكلام وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى
بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته لانه ان كان
المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد بالمجمل المجمل اللغوي فهو كان فيه بها ان فالخطب فيه هين
قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت
بريء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه معنى التمليك كما في ساير البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط
المحض وقيد بالكفيل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال
جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاته المكفول به والمسألة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط
محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء
الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه بالشرط وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط
شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف بين الناس كما لا يجوز تعليق
الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وفيه تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسألة
المنقولة من الايضاح فان للطالب فيه نفعا لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا ترى ان صاحب الدين
اذا قال عجل خمسمائة على ان ابرئك عن الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم
الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط محضا غير متعارف ورواية الجواز على ما يقابله قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا تصح الكفالة به ذكر ضابطة لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن انه لا يصح لا ان امكان القصر او حز
الرقبة ليس منتفيا بالحالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن اخر
بما عليه من الحد او القصاص لم تصح الكفالة حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء بمعنى الايجاب عليه وهو
متعذر لان الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود
هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل الفعل
او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما يرى بعض المتهتكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل
المقصود بالاقامة على النائب كما في الحدود وكما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لايجا
والثاني كما في الحدود ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يرد عن احد من اهل العلم خلاف في عدم جريانها في
العقوبات فيكون التشكيك تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز
الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كساير الديون وعلى من لم يكن ذكر تمهيد لذكر الكفالة
بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها ينقسم بالقسمة الاولية الى
ما هو امانة وما هو مضمون كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون والمضمون ينقسم
الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة
بتسليمها اما ان يكون بنفسها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير وتصح فيما يكون

مضمونا

مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البايع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي
بدله لانه مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز بالمبيع بيعا
فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان
مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان تجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رحمه الله
الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان
شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة
ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة يقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون
بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والرهن المضمون بالدين لان القيمة غير مضمونة على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البايع سقط
الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبته فلا يتصور الكفالة وان كان الثاني
اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون
اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا
تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده حتى قضي الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على
الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البايع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن ولو هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان
الرهن كان عند المرتهن بدل ماله عليه والزيادة عليه من قيمته كانت امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان
غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم
وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر فيصح الحكم اذا ضمن رجل بتسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة
وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مواخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على
الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وكذا عليه رد الاجر والكفيل لم يكفل به وترك
المص ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة لتسارعه الى عدم جوازه وظنه تابع شمس الائمة في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم
العارية باطلة قيل وهو ليس بصواب فان نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر
فان شمس الائمة ليس ممن لا يطلع على الجامع بل لعله اطلع على رواية اخرى غير ذلك فاختارها قوله لانه التزم فعلا واجبا
دليل لما ذكر وفيه اشارة الى الفرق بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله ومن استاجر دابة للحمل اعلم
ان من استاجر ابلا معينة للحمل فكفل رجل بتسليمها صحت لما تقدم انفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك
لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجر معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح قال المص لانه اي
الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه لا يحمل على تلك الدابة
وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي ويستدل به
على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح حجة للشافعي وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة
في الجملة فيصح الالتزام ولا يلزمه بعقد يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزم متصور في الجملة فكان الواجب صحتها ايضا
تحقيقه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا يصح

الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول
أبي يوسف الأول وقال آخرا يجوز إذا أجاز خبر ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة قيل أي نسخ كفالة المبسوط
وفيه نبوة لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وإنما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض
أو زيادة في آخر وذكر في الإيضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الأصل في موضع فشرط الإجازة في أحدهما
دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون بعض كلامه في موضع من مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة
بالنفس والمال جميعا لأبي يوسف رحمه الله في بعض الرواية التي لم يشترط الإجازة فيها أنه تصرف التزام وهو
وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم وهو ليس العبارة لا يشترط قبوله العلم
العلم به ولأبي يوسف في رواية التوقف على ما وراء المجلس لأنه لا ضرر فيه من التوقف على أحد ونفع عدم الضرر يجوز
رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة إذا صحت برئ
الأصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمليك لأن فيه تمليك المطالبة من الطالب
فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول ولوجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبل عن الطالب
فضولي توقف على إجازته لوجود شطريه قال إلا في مسألة واحدة وهي أن استثناء من قوله لا تصح الكفالة
إلا بقبول المكفول له مكانه قال لا يصح ذلك عندهما إلا في مسألة واحدة استحسانا والقياس عدمها لعدم الطالب
غير حاضر فلا يتم التمليك إلا بقبوله والأصح لو قال ذلك لغير وارثه الأجنبي لم يصح فكذا المريض وجه الاستحسان
وهو أن أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في
الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم وقت تعذر إجازة المكفول له بعيد الكفالة ولهذا قال المشايخ إنما تصح
هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية وإذا كان في معنى الوصية لا يكون القبول في المجلس شرطا
قيل في كلام المص تسامح لأنه في معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة
الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأن قوله إن ذلك وصية في الحقيقة
وشبه هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما إذا دل اللفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر وجه
لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه لتخلي
ذمته وفي هذا موجود ما ينتصب فيه المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجوده لينا فيه من نفع الطالب فصار كأن
الطالب قد حضر بنفسه فقال للورثة تكفل عن أبيك لي فإن قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليحمل النزاع وإنما
هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا وأجاب المص رحمه الله بقوله وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه
يراد به التحقيق أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا إلى الأحكام حالته التي هو عليها فصار
كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجي نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت وظاهر قوله
ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام
لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا ملكين في هذه المسئلة قال ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ
فيه إذا قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من قال يصح ذلك

لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه إلا في الحيوة ولا بعد موته بدون التزام وكان المريض والصحيح في حقه سواء
ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لأن المريض قصد به
النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فصح من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتفسيق
الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو
الوجه الآخر من الاستحسان وإنما جاز مع جهالة المكفول لهم جوز ذلك في المريض للضرورة ولا يتأتى في
الصحيح لعدمها قال وإذا مات الرجل وعليه ديون إذا مات المديون مفلسا ولم يترك عنه كفيل فتكفل عنه رجل
إنسان وارثا كان أو أجنبيا لم يصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الأئمة الثلاثة لهما
أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وإنما
قلنا كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل لأن كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته لما أنه يكون بالنسبة إلى
الآخرة ولا كلام في ثبوته بقاية في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لأنه وجب لحق
الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي إلا بإبراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك
كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به إنسان
صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع وإذا كان به كفيل أو له مال فإن الدين باق
بالاتفاق فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك أن المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن
لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كما إذا اشترى بفلوس في الذمة
فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل علم أن الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولأبي
حنيفة رحمه الله أن الدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة إنما يكون بنفسه
أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود والغاية
الحاصلة منه هو فعل الأداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف
بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال فإن قلت لم لا يجوز قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة
فعليك بما ذكرناه من الجواب في التقرير في باب صفة حسن المأمور به وإن قلت فقد يقال المال واجب أجاب المص بقوله
لكنه أي الدين في الحكم مال لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال ووصف المال بالوجوب
الموصوف به يؤول إليه في المآل فكان وصفا مجازيا وإن قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة به وذلك
لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنه يصح وإن تعذرت المطالبة في حالة الرق
قلنا غلط لعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق
أهلا للوجوب عليها وهذا التفريق كما ترى يشير إلى أن المص ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه
إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان
أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه بهذه النكتة واستغنى عن إعادتها في ما هو نظيرها فيما يأتي
قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به إنسان صح يعني أن التبرع لا يعتمد قيام الدين

فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا وان بطلان الدين
انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية وقد كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ من بينه ما تبرع
به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى
الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل او به
غرقوله وكذا يبقى اذا كان به كفيل وله مال وبيانه ان التبرع شرط العقل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له
مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل والمال في حق بقاء الدين باق وقوله او الافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ
يتزل وكانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف
ونشر وتقديره خلفه وهو الكفيل والافضاء اي يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا اشترط في العدم انتفاء القادر
او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد يقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله تخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام
تخلفه باق حرفه لولا انه المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت بما عندك راض والراي مختلف ومعناه كل واحد من
الكفيل والمال خلف عن الميت لان طريق الاداء منهما باق فان الخلف ما يحصل كفاية امر الاصيل عند عدمه وهما كذلك فكانا
خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاول فان قيل لو استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم
فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة الانصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رضي الله
عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم يصح الكفالة عن الميت المفلس
لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم
ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل يغرم ام لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة
اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول
بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي رضي الله عنه ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه
جلدته ولم يجبر على الاداء ولو كان كفالة لاجبر على ذلك والحق ان من قال ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول
ببطلان القول الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاء متساهل حيث لم يثبت عن الشرع جعل الذمة المعدومة
موجودة والله اعلم قال ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل
ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع له المال اليه وقال اني اخاف ان ياخذ الطالب اني م
منك حقه فخذه قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة بان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان
كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع لانه باعتبار الدين تعلق به حق القابض وهو الكفيل
على احتمال قضائه الدين فلم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب لا يسترده لان الدفع اذا كان
لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا النقض ما اوجبه ومن كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي
فانه ليس له ان يسترده لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع وان كان الكفيل
ملكه بالقبض على ما ذكر وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب سيطل ذلك

باسترداده

باسترداده فلا يتصدق عليه لكنه دفع اليه ملكه لانه يمحض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه
فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه
لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه حين قبض
كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في الزيادات
وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل
مؤجل الى وقت الاداء حيث تاخر مطالبته بها وجبت له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا اذا اخذ الكفيل من الاصيل رهنا
بهذا المال صح بمنزلة الماخوذ رهنا بدين مؤجل ولو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب عن الدين او وهبه منه يجوز حتى
لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق
لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لبة
فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة
الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزلنا وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة بمنزلة الدين المؤجل
ولهذا اي لكونه نازلا منزلته لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه ونحو ذلك
ذهب بعض الشارحين وجعل ضميره عليه للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل
على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة
الدين المؤجل وتمليكه ما قبض بمجردها لان المطالبة مع ان المطالبة لا يستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض
فان المطالبة لا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل
ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل ونحو لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا
فارق ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث مطالبات دين ومطالبته حالين للطالب على الاصيل ومطالبة
فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان
المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل
فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل منزلة الدين المؤجل بمنزلة دين مؤجل لم يكن
بالكفالة وفي ذلك لو قبضه معجلا ملكه فكذا هاهنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب واذا قبضه اي الربح الحاصل صل
للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء ولم يقض الدين بوضع خبث على مذهب ابي حنيفة نبينه في
مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل احكام البيع الفاسد سل
واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لان الخراج بالضمان واصله المودع
اذا تصرف في الوديعة وربح فيه فانه على الاختلاف قال ولو كانت الكفالة بكر حنطة تم حكم الربح فيما لا
يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين بكر حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب فتصرف فيها وربح

فالربح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واحب اليّ ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك
في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده
على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به ووجه رواية
كتاب البيوع وهو قولهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له الربح ووجه رواية الكفالة
انه تمكن الخبث مع الملك اما لاحد الوجهين اما لان للاصيل سبيلا من الاسترداد على تقدير ان يقضيه الاصيل بنفسه واذا
كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يتقرر او لا ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا
فاذا كان قاصرا امكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضي بان يكون الحق في موضع ملك الكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه
الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فيمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهذا راجع
الى اول الكلام وتقديره يمكن الخبث مع الملك وكل خبث يكون مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث
يعمل في الكراهة لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي
لحق الذي قضاه فاذا رده اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا
رده عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه
انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف
فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب قال ومن كفل عن
رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسانا بطريق العينة وتفسيره ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى
عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة
ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض
عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل
من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكان المرابحة
مكروهة وانما الربح للكفيل دون الاصيل لانه اي الكفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان
لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه
كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران تصيبك فانا ضامن بذلك فانه غير صحيح واما
وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين عني اي اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار
ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو قدره فكيف يكون
الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة او الوكالة كان الشراء
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى
وهي ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر
من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ
منه عشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسط بالثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد

الثمن ثم منهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم
بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها لعينة قال ومن كفل عن رجل
بما ذاب له عليه رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها تعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه
غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما قضي به هذا عبارته
ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة
بينهما وانما ما تقضي به بجعل اللفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاك وهو ان كان ضعيفا لان ارادة معنى
المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها
وقيد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم
واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة ح والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به
مال قضي ويقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي الغائب يصح ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة
بالشك وليس في لفظ المص ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به ما مال
مقضي ولم يدعوا انما ما يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا يكون الدعوى صحيحة
فلا يقبل البينة قال ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على الحاضر
والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المص منها اثنين
احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى
مطابقة للمكفول به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك الوصلة
نقل قد كفلت لك بما ذاب لك عليه وما قضي لك عليه ولم يكن له عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم
ولم يكن ليس لك عليه شيء لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامر وبينها بغير امره من حيث القضاء للغائب لا يجوز فكان الواجب عدم النفوذ
في ان يكون الكفيل خصما عن الاصيل بان يكون بامر او بغيره وقد صرح ذلك المص بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع
ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعوى احدهما
لا يقضى له بالاخر فان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة
وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بامر وقضى بالكفالة بالامر ببينته يثبت امره بحجة كاملة والامر
بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه ولو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه وكذا ادعاه بغير امره
فانه لا يمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل الا ترى ان صحة الكفالة بغير امره
تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء
فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث لم يذكره في الهداية وهو ما اذا ادعى على رجل انه كفل له عن
فلان بكل مال له قبله ولم يفسره واقام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت لم تقبل الكفالة فانه يقضي بها على
الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يكن اثبات

ما يدعي على الحاضر اثباتا لما يدعي على الغايب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل
لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما
يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فما ثبته المدعي وسياتي تمام ذلك في موضعه
وفي الكفالة بامره يجوز ان يكون فرق آخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا كان رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر رحمه الله
لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظالمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فانتقل زعمه
كمن اشترى شيئا ثم ادعى ان البايع باع ملك غيره ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البايع
بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد رحمه الله فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما
انكر العيب ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله حيث لم يبطل زعمه مع
ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب
في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البايع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البايع الاول
ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع دارا وكفل عنه رجل
بالدرك وهو التبعة على ما مر ثم اراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار
ملك البايع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة
في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملايم للعقد لان الدرك يثبت بلا شرط الكفالة والشرط يزيد وكادة وتمام البيع
انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا
لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من المسلمات عند الفقهاء لا يقبل التشكيك
بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان ظاهرها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم
والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال
ان يرغب المشتري عن شراء المبيع مخافة الاستحقاق فيكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر منه الدار فلا
تبال فانها ملك البايع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البايع ومن اقر بملك البايع لا تصح دعواه بعد
ذلك وانما قال بمنزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى قال ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم
شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه تغيير
وتبديل كذا ذكر شمس الايمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا
باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه سمع
دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملايمة ولا هي باقرار بالملك
لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب
الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة
على البيع لا تكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع

فلان

فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد بذلك فلان البيع او جرى البيع بشهدي واما اذا كتب فيه
ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه يتغير فلا تصح دعواه
الا اذا شهد على اقرار المتعاقدين مثل ان يكون اقر انه باع ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك يصح دعواه فانه ليس بتسليم
وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ **فصل** في الضمان ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن والكفالة
في هذا الباب بمعنى واحد وانما كان مسايل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها بالتغاير في اللفظ واعلم
ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب فيه ومن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان
باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة
اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع
الى الوكيل حتى لو حلف المشتري للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك للمضارب
واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف
الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في يد الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا
ضمينين فيما فرضناه امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك
لنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع
والمستعير فانهما لا يضمنان الوديعة والعارية للمودع والمعير بحكم ذلك ولقايل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة
كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان بحكم
من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان
الوكالة كيلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة
لكونه كفيلا بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان تصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف مسألة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول
وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فاما ان كان بحصته من الثمن
شايعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مقررا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز
لان القسمة افراز وذلك انما يكون حسا او بوصف ثمين وكلاهما منفي في الذمة لان الدين غير متصور وذكر في الفوايد الظهيرية
في تعليله ان ما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه الا ترى انه لو ابدل احدهما او اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر
ولاية المشاركة فلو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينهما بغير المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا
رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كانه ادى الا الباقي وكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي
ثم وثم الى ان لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه
ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسايل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه
لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولو صح الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض
لا معنى له ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا
اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل

حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يتضح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من حيث انه
استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق لحق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه قوله لان الضمان يضاف الى نصيب
شريكه فكيف يصح شايعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شايع في كل جزء
من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فمن ترك ذلك
نقض في التعليل وقوله ويعني لهذا ايضا انعقاد الاجماع الى آخره يجاب عنه بانه تمام الرد في القسمة لان ما اشتري لا يحل
بنصيبه وقع على الشركة وليس كان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم
ضمن احدهما للآخر نصيبه فان الضمان صحيح لان نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة بينهما لانها تكون باتحاد
الصفقة والفرض خلافه وهو موضح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب
احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال ومن ضمن عن آخر خراجه
ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة فجائز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة
جائز في الخراج قيل المراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة
وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في بيان الشرع ما يفرق به
بين الخراج والزكوة وذكر النص رحمه الله قال آخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها على المالك
[illegible] ان يكون بدل شيء ولا مال الثمن ولهذا لا يؤدي بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد
يراد بها ما ليس بحق والاول ككري الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
بان يحتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك
فالضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني
كالجبايات في زماننا وهي التي ياخذه الظلمة في زماننا ظلما كالعشر فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان
بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه
الامام البزدوي هو فخر الاسلام وصدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام واما النوائب فهي ما يجب
من جهة السلطان من حق وباطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة للمطالبة
لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان
اصله من جهة الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا
بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع وما
قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع في هذه الحروف غلط لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهو
الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان
الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر من ذلك فضمن
انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد
الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على من اقسمه بالضمير الثاني وقد علمت ان القسمة بالثاني بمعنى القسم بلا ثناء

وقال

وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكرها بالواو للبيان من باب العطف للتفسير
او حصته منها اي من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك
فتحمل او فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولو كانت ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو
ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فان قيل
الى الرواية بالواو على تقدير ان يكون القسمة حصته من النوائب لان القسمة اذا كانت حصته منها فهو محل النوائب وما اذا
كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو وهو الملائم وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب
قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف
المشايخ فيما كان بغير حق قال ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي انه
حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف ابن سماعة عن ابي
يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر لانه اقر بنوعين حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد
النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واوجب بعضهم الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سياتي ولابي يوسف
انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب
عما احتج به الشافعي وبعضهم بالفرق بينهما ان المقر في الدين مقر على نفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان مقرا
باقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي
الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فصح الفرق بينهما ولقائل
ان يقول هذا لو [illegible] عليه فيقر [illegible] اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيره الى اجل وكان مقرا على
نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب
ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة لما كانت التزام المطالبة وفيه من التناقض ما لا يخفى
ويجوز ان النص ذكر الفرق الاول قناعا جليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني في آخر زيادة استبصار في الاستقصاء
على ما ذكر ان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة
قوله ولان الاجل في الدين عارض هو فرق وبناه على ان الاجل لا يثبت الا بالشرط كما ان من عوارضه وما يثبت
بعد [illegible] لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاصل في الديون
بهذه المثابة لانها من المبايعات والرهن وقيم المتلفات حال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك
فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اي لما كان مؤجلا على الاصيل وكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة فهو عامله كالناطق بالتوزيع
لبعض الكفيل [illegible] اقتضى ما يستوي في العقد الذي في اظهار [illegible] الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا
بشرط كان القول قول المنكر كما في شرط الخيار وهذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فكان القول [illegible]
فكان القول قوله وقوعه في المتن وقال الشافعي في الحق الثاني الاول وابو يوسف فيما يروي عنه في الاول والثاني والعكس
هو المشهور منهما فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله
الاظهر قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه

فاستحقت الجارية باخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت
وهو يمنع ان يوجد الكفيل بالثمن لان بمجرد القضا بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية
ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بايع الجارية بعد قضاء القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا
لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا
عما قال ابو يوسف في الامالي انه ياخذ الكفيل قبل ان يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري
مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع فالفرق
بينها وبين الاستحقاق اجاب المص رحمه الله بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري
على البائع وكفيله ان شاء وهو موضعه اول الزيادات في ترتيب الاصل لم يرد بترتيب الاصل ترتيب محمد رحمه الله فانه
افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى ابو
يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما تم تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته
من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغير
محمد تبركا به فرتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **قال** ومن اشترى عبدا فضمن له رجل
بالعهدة فالضمان باطل فذكر ههنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان
الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاول فلان هذا اللفظ مشتبه
لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه والشيء المضمون
على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد يقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد
لانها من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء
في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مشتبها لتعذر العمل به
واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف قيد استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا لا يوجب الجهل به واما
الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتفسيره هو التزام ما لا
يقدر على الوفاء به لانه اذا ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق وحرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به
باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان
الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة
وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط ما ادرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير
الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المص نظر
لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد الثمن مجازا فيه من ...
وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة تمنع ما يدل عليه كلام المص رحمه الله وذكر الصدر الشهيد في شرح
ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا
يدل على ان الخلاف فيما في العهدة ثابت وذكر في الفوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكرنا في الجامع الصغير

انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان العهدة باطل وهو خلاف ما ذكره
المص فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف **باب كفالة الرجلين** لما فرغ
من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا ليناسب الوضع الطبع
قال اي محمد اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى رجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما
لا محالة فان تكفل كل واحد عن صاحبه فما ادى احدهما لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لان
كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما
ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة فهو اي ما ادى عما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما
فنقد في المجلس عشرة جعل النقود من الصرف لان الواجب ما ادى لحاجته الى النقد في المجلس وما عليه بحق الاصالة
اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة او دين وهي تابعة للدين لانها تبتنى على الدين فان المطالبة بالدين بدون
الدين غير متصور فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها ويصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارض
اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين في النصف كان اشتغاله لكون احدهما
راجحا لا انشائية قوله ولانه دليل اخر على ذلك ووجهه بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع
على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فرجع عليه
فلصاحبه ان يرجع عليه وقوله لان اداءه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدي يقول له انت
اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت علي وانا الكفيل
عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني هو ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت
عليك فكذا تقديرا اي كذلك والشريك الاخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فايدة فجعلنا
المؤدي عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك
لم يكن لشريكه ان يرجع عليه لانه ليس على الشريك ان يرجع بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان
عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال يعني الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان
كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل
وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فيصح الكفالة عن الكفيل كما يصح
عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على اخر وهو معنى قوله وهي مسئلة في الصحيح وكل شيء اداه
احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح
للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف رجحت بعض صور المعارضة بينها وبين الكفالة واذا
وقع شايعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف
ما ادى فلا ينتقض برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم
نصف المال بشراه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه فجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في
الصحيح لبيان ان الرجوع المبنية على ذلك فائدته ان يرجع على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه

ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما وقال وإن شاء يعني من أدى منهما رجع بالجميع على
المكفول عنه لأنه كفيل عنه بجميع المال بأمره ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل وقال
خ وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر
كفيل بكله على ما بينا من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا يأخذه به وهو ظاهر قال وإذا
افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين إذا افترق المتفاوضان وعليهما دين
فلأصحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بالجميع ذلك فإذا أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على
النصف فيرجع بالزيادة لأنها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وقد كان للغرماء أن يطالبوا أيهما
شاءوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فإذا طلبوا أحدهما
ولم يؤد الدين فليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين
قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب وكفالة بدل
الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة
تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر أنها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك
ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأداء كل
واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر وهذا ويجعل كل واحد منهما كفيلا بالألف عن
صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا لأنه يتعين إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيدها وأما إذا اختلفت
الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما تعلق بأداء على حدة فتعذر تصحيحها بهذا الطريق وإذا عرف أن استواءهما في
الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة أعني الكتابة وكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما
ما لم يؤد جميع البدل فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لم يرجع بشيء انتفى ذلك
ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لأنه ما رضي بالمال إلا
ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل
برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى
غير موضعها فإذا أعتق استغني عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف ويعوض بأن ما في المكاتب
مقابلا بهما كان على كل واحد منهما نصفه فيجب أن لا يصح الرجوع بما زاد المؤدي على النصف لئلا يلزم الترجيح كما مر
ويجب أن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لأن المولى لو وقع عن المؤدي على
بري بأدائه عن نفسه وعتق لأن المكاتب إذا أدى عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا
فكان في التخصيص ضرر المولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ أيهما
شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالأصالة قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة وأجيب
بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء على وفق الثبوت وإن أخذ الذي

اعتقه

باب كفالة العبد وعنه

اعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لأنه قد أدى عن نفسه
قوله باب التأخير يعني العبد متأخر عن الحر لما شرفه وأما لأن الأصل في بني آدم هو الحرية وموضع هذا الباب يقتضي تقديم كفالة
العبد في البحث ولكن اعتبر كونه القراء وأنه الجمع المطلق وقد بيناه فيه قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه
صفتها لا وجوب الجملة قوله مؤجل وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير يعني قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة
في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل عنه ولم يسمه حالا ولا غيره إلى عبارته في الكتاب لأن عبارة
محمد يحتاج إلى التأويل فإن العبد إذا استهلك مالا عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الإسلام أراد إذا أقر بالاستهلاك ولكنه كذبه
وقال بعضهم أراد العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالا فاستهلكه فإنه لا يؤخذ للحال بل بعد العتاق عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج إلى شيء
تناولهما إذا أقر العبد باستهلاك أو كونه المولى أو اقرضه إنسان أو بايعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى وأمثال ذلك
إنسان ظن أنه ملكه فإنه لا يؤخذ بذلك كله للحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلأنه كفيل بمال مضمون على الأصيل تعلقه بالتسليم
للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المليء والمفلس وكما لو كان الآن لأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب
وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين به وهذا
المانع غير متحقق في حق الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غائب فيصح ويؤخذ به الكفيل حالا وإن عجز
الطالب عن مطالبة الأصيل وكالكفالة عن المفلس فإنها تصح ويؤخذ الكفيل في الحال وإن كان في حق الأصيل متأخرا
إلى الميسرة فإن قيل إذا لم يؤخذ العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل بمنزلة الدين المؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا إلا بعد الأجل
أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر يعني أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل والمانع
منع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه حالا فإذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لأن
الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد الا الكفالة بالنفس لاشتغال ببرئ
إذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فإن بموته يبرأ الكفيل لبراءة الأصيل كما لو كان حرا وذكر هنا تمهيدا للتي بعدها ولبيان
الفرق بينهما فإن ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته
لأن على المولى رد رقبته على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة
بما على الأصيل وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الأولى لأن الضمان الأول لا تحول لما
التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وإنما قيد بإقامة البينة احترازا عما إذا ثبت الملك
ولا يلزم الكفيل شيء بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه لأن إقراره حجة قاصرة إذا أقر الكفيل
الأصيل قال وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره إذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين يستغرق
أو لا فإن كان الأول لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان الثاني صحت إذا كانت بأمره لأن مالية العبد لمولاه فله أن يشغلها بالدين بالرهن
والإقرار بالدين وإذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت النفس أو المال على العبد وغير مديون فإذا صحت الكفالة
وأدى العبد أو كفل به بعد عتقه وأدى المولى ذلك بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع
لأن الموجب للرجوع وهي الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا إن الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لأنه

لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق ولكن المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد
غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء لان ذلك
ونوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى بعد العتق مع ان العبد
لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرتم لم تستوجب دينا
لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه مضطرا فيه قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة
بكفل بها حر او عبد وانما قال على الكتابة تحدو بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة
اما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح
ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا الا انا تركنا القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم
فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر لانه ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لا تقتضيه دينا
مستقرا لانها التوثق للمطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل تكون
لغوا وعبثا قوله ولانه دليل آخر على عدم الاستقرار فانه اذا عجز نفسه يسقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط
الا بالاداء او الابراء وقوله ولانه لو اثبتناه دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره ان
الكفالة لو صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما
يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا والكل باطل اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا
لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة
الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل موجلا كان على الكفيل
كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمناه
مطلقا لزم الزيادة على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه بنسخ الكتابة
سقوط بدلها لابتنائه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة للمولى
على قول ابي حنيفة رحمه الله لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لان المستسعى كالمكاتب عنده في عدم قبول
الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحد لحد عبد وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو
في السعاية لا يتحقق وكان كالحر المديون والله اعلم

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث
ان كلا منهما التزام ما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للاخر اذا اشترط في كل منهما ما للاخرى عند ذكر الاخرى
لكنها اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تعقب الكفالة فكذا ما تتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها
كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحال عليه على سبيل
التوثق به واما شرطها فسنذكرها في اثناء الكلام وكذا حكمها وانواعها قال وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون
الاعيان اما الجواز فيدل عليه النقل والعقل اما الاول فما روى ابو داود في السنن فقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن
الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي في جامعه
بعد ما روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل

القعنبي

والاتباع

والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به فان الشارع فدل على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما
التزمه وهو مطالب به وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في
الدين لا في العين وتقرير ذلك ان الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي
في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبر الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه واما العين فانها لما كانت في محل محسوس لا يمكن
ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضي المحتال لان الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان
للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط
رضاه لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط
رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون التزام ولا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام
لان الحكم اظهار لما لزم لا الزام واما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعيسى يعلل بان ذوي المروات قد يانفون
بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من
المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره وقيل
وعلى هذا يكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على
المحتال عليه دين فبقبول الحوالة يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحتال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة
قد يكون ابتداء من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا
وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه بدون رضاه وهو وجه رواية
الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء
من غير تسلط عليه بتعيين بعض الجهات وعدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس
ما ينبغي قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل
من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من
الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى انها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة
والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب براءتها عن المطالبة ومنشا ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر احكاما يدل على القولين
فمما يدل على الاول ما قال ان المحتال له اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح هبته ولا ابراؤه ولو
بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحتال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة
المحتال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل
ولو انتقل اصل الدين الى المحتال عليه وجب ان يرتد بالرد كما لو ابرى المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء
ح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد مال المحتال اجبر على القبول ولو انتقل
الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله

قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفائدة
تظهر في الرهن اذا احال المرتهن بالدين فهل يسترد الرهن فعند ابي يوسف يسترد كما لو ابراه عن الدين وعند محمد
لا يسترد كما لو احال الراهن المرتهن بالدين وفيما اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة فعند ابي يوسف لا يصح لبراءته بالحوالة
وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المص يدل على وجه ثالث وهو البراءة
عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا اللازم وهو ممتنع
فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق
وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة
يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكر من الاشتراك بل الى الفارق وهو اختصاص كل
واحد منهما بنوع خلاف نوع الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة
لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض
بالحوالة بغير امر المحيل فانها صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي واجيب بانا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه
بعد اداء الدين ظاهر التحقق وليس لا يبقى على المحيل شيء **قوله** والتوثيق باختيار الاملى جواب عن قوله لانهما عقد توثق سلمنا
ان كل واحد عقد توثق لكن براءة المحيل لا ينافيه لان التوثيق يتحقق بها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء وبحسن
سعة ذات اليد والحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب قوله
وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتوجيهه لو صح ذلك لانتقل
الدين عن المحيل وصار اجنبيا منه واذا نقد كان الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ان
المؤدي بين المحال والمتبرع لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول
وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا
يكون متبرعا **قال** ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه عطف على قوله برئ المحيل اي اذا تمت
الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما ياتي من معنى التوى وقال الشافعي
لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو الظاهر حيث
لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتايد بما روي عن ابن المسيب انه
كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك
الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول
مسلم لكن لا يفيد لجواز ان تكون مقيدة بدلالة الحال والعرف والعادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه
له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحال عليه
دون نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني
كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلوب فاذا فاتت الشرط عاد الحق الى المحل الاول لفوات وصف السلامة في حق
المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن

وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة يستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض
المشايخ وقوله **او** تنفسخ الحوالة لفوات ما هو المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة
انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه تنفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد
الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد نص اشارة الى عبارة الآخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل
فالمص رحمه الله جمع بين طريقتي المشايخ رحمهم الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما المعنيين مختلفين
ويؤيد مذهبنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال في الحوالة اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال امرئ مسلم
ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال له وقت الحوالة التخيير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة
المحال عليه وبين ان لا يقبل ما بقاء حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه
اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى اذا اعتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء
العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء واجيب بان قولهم اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما
اصل والآخر خلف عنه او كل منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فيتعين عليه فلنسلم وان كان الاول فلا نسلم انه اذا
اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن
الا للتوثيق فاضافة التوى الحق الى وصف يتنفي شرعا فاسد في الوضع **قال** والتوى عند ابي حنيفة
رحمه الله احد الامرين يتوى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف
ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو
التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط
عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر
الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بشهود حال حياته وهذا الاختلاف
بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل هنا
لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له لان المال غاد ورائح
وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه فقد ذكر في المبسوط
والشافي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان
كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة **قال** واذا
طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل
الدين لانه تحقق سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره وقد تحقق باقراره انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر وليس
للمحيل فان قيل هما بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قبول المحال عليه الحوالة اقرار منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها
قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز ان تكون كما عنده فيحتمل ان يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل
واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل
الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله لان لفظ الحوالة ومعناه

واذا طالب المحتال عليه المحيل صح

ان دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة لان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من
الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر قال ومن اودع
رجلا الف درهم فاعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين التي له
في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيد بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيد
بدين له على المحال عليه ولا بعين له بيده وان كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده
عين ايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك
لتحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والقرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال
عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا
فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع
رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز بيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه اقدر
على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق من غير حق المحيل وهو لا يصعب عليه الاداء فكان
اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة بعينها لا يحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه فكان اقدر على القضاء كان ادنى(?) بالجواز
ولما كانت جائزة بالدين فلان يكون جائزة بالعين احرى فان هلكت الوديعة في يد المودع وهو المحتال عليه فلا يلزم المحتال
شيء عليه لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها وتبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة
بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجواز
بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان
قيميا فكان الفوات بهلاكه فوتا الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك فاحال المديون الطالب على مديونه
بالف على ان يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة بالعين
وديعة كانت او غصبا والدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بتلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به
لانه تعلق به حق المحتال فانه ما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه مما للمحيل عليه او بيده فتعلق به حق
استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن منه وان دفعها المودع وغيره الى المحيل ضمنا لانه استهلك
محلا مشغولا بحق الغير فاشبه الرهن فان الراهن بعدما رهن العين تعلق به حق المرتهن فلم يتمكن من ابطال حق المرتهن
وقوله وهو اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ
للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي
لدى المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحتال اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس لان دين [...] المحيل
بالمحيل وهو صار اجنبيا من المال ولهذا لا يكون له ان يأخذ في حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحتال كان اسبق تعلقا
بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيتقدم على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال عليه والدين
الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون

بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون لم يثبت لغيره فلا يكون
لغيره ان يشاركه فيه وقوله وهو اشارة الى قوله لان اعلاك المحيل وتقرير ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة
بيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ما له عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان لا تعلق
لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل تعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فاخذ ما عنده او عليه لا يبطل
الحوالة على ما ليس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذهما مع بقاء الحوالة كما
كانت قال ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض
به لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه
المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر
الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت
المنفعة مشروطة واذا لم يكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون
كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات
تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها
للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من
الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى
الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالى امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم اجمعين
قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع
اهواءهم قال ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختار على المتولي بلفظ
اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية
والعقل والبلوغ ويكون المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء
يستقى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء
او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت اعم واقوى
احكاما من ولاية الشهادة لترتبها عليها كانت اولى باشتراطها وربما الوجه للمصنف بقوله يستقى استعارة لاخذ
الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس والفاسق اهل للقضاء لاهليته
للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته بالدين كما في حكم الشهادة
فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا
الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان
عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يكن شرط
العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه
وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي بقوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب

مروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون
اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق للقضا فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضا
لا يصير قاضيا والاول اظهر قوله وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي
فانه رحمه الله يقول لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده وقيل هو بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال
من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ثم فسق
ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها وكان التقليد مشروطا ببقاء
العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل
بالفسق الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه
ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الاستبقاء لا الابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت العزل بالفسق ابتداء والعزل بالفسق
الطاري والجواب بوجهين من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط
جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر امير
وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة امير وكذلك تعليق عزل القضاء بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح
ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا
وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطنة والقوة والغلبة الا ترى ان من الامراء
من غلب وجار وجازوا احكامهم والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفهم واما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة
واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها
وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري
يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح
ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له راي وان لم يكن له راي وسال فقيها
اخذ بقوله وقوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه
جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو
المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي فانه علل له بقوله ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة
دون العلم ولنا يعني جواز الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى
بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق
الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره يؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رحمه الله في
مسنده عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم
يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين
بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا لم يكن من اهل الاجتهاد ثم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر
والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود
المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في
التقرير مفصلا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين بين وقيل ان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا
من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها
الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتني عليها كالخلاف
للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال ولا باس بالدخول في القضاء لا باس بالدخول في القضا
لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء قال الله تعالى
يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين
الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم
قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا
فلا اقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان لا باس
قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن اداء فرض القضاء ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور
فيكره له الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر
بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا
بعقد معين مثل ان يقول لي على فلان او له علي مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء او بعض السلف
الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وقصر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في
ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله دعي الى القضا ثلث مرات فابى
حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال
ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رحمه الله نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر
البحر سباحة لكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد الى القضا فابى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد
واستدل المص على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه
وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضا بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن
جميعا والذبح بغير سكين تؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا تؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره
جاه وعظمة لكن في باطنه لانه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا
اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا
ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى
راسه بين يديه ثم قال المص والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل روي الحسن عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
اذا قلد من غير مسئلة لا باس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا ولا يعينه

غير وال بل لمن الاجماع انه ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتبس انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفاء بذلك او لا وفي ترك الدخول صيانة لنفسه هذا اذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء فاما اذا كان سواه اهل لذلك غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فان كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا اذا كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم وان تقلد ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى **قال** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من صلح للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى انس بن مالك رضي الله عنه قوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فهمه وورعه وذكاءه فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكتسبا للقلب بالاكراه على الاحجام عن رضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ويجوز التقلد تفريع على مسئلة القدوري بين ان لا فرق في جواز التقلد واهله بين ان يكون المولى عادلا او جائرا فيما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر ومن الاثر ان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته وعلى ذلك حديث عمار بن ياسر [illegible] في نوبته في قوله احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الافاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة بخلاف ما اذا كان يمكنه **قال** ومن قلد القضاء يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله اي من تولى القضاء بعد اخر يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هي الخرايط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرايط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء والاوراق بعينه وثمنها حجة وان لم يكن الكتاب معروفا عن التذكير والبينة حجة لانها يؤول اليها بالتذكير ثم البياض الذي كتب فيه الحادثة وقال الاوراق الخلوة [illegible] ثلاثة يكون من بيت المال او من مال الخصم او من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوه في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذ تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قال بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكر بالدلالة المذكور قوله ويبعث امينين بيان لكيفية التسليم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي فيقبضانها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة

حل

كيلا

كيلا يشتبه على المولى وسؤال السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرايط بين المعزول بها لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يشتغل به بعد بذلك فان تركت مجتمعة يشتبه على المولى فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة ويتعسر عليه ذلك ومن السؤال اي سؤال المعزول الكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله ومن السؤال الكشف الحال بدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها قوله شيئا فشيئا منصوب على الحال [illegible] قوله ويسألان اي يسألانه شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى منفصلا كما في قوله بينت له حسابه بابا بابا وينظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا في امور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار موجب بنفسه والواجد يعني مطل الغني يحل عرضه وعقوبته ومن انكر لم يجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة فان لم يعرف فيسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تعرف او لم يحضر خصم ولم يحضر المحبوس ان خصما له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر والا فرأي القاضي ان يطلقه فان لم يحضر له خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون لخصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة رحمه الله في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا ياخذ منهم كفيلا على ما سيجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تاخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغايب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه يجب على شيء نادي عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بوجه اخر وهو تحصيل النداء عليه شهرا وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما تقوم به البينة او باعتراف من هو في يده لانه لا بد للعمل من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غيره الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقراره ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه في يده في الحال ولو كانت بين عما ناصح اقراره فكذا اذا كان بيده مودعا لانه يد المودع كيد المودع الا اذا بدا ذو اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بانه القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يعترف بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء

وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضي إليّ وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولاً بتعليله
وإما أن يقول دفعه القاضي إليّ ولا أدري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل وإما أن يقول دفعه إليّ وهو
لفلان غير من أقر له القاضي وحكمه ما تقدم لأنه أقر بالدفع من القاضي فيقبل إقراره باليد له فصار كأن المال في يده ثم أقر أنه
لفلان وهو لا يصح وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضي ودفعه إليّ القاضي وهو المذكور في الكتاب آخراً وحكمه أن
المال يسلم إلى المقر له أولاً ويستوجفه ثم يضمن مثله للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له وإذا قال بعد ذلك دفعه
إليّ القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر أن اليد كانت للقاضي وبإقراره لغير من أقر له القاضي أتلف المال على من أقر له القا
ضي فكان ضامناً المثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لأن الإقرار الأول
إما أن يبطل ما بعده أو لا وعلى كل من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ فيه باليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالإقرار للغير
شمول الضمان أو شمول العدم والراجح ذكر الضمان للمقر له ثانياً في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول
إن كان باليد يختار إبطال ما بعده وإلا فلا وذلك لأن الإقرار عن أوله لصدوره عن الأجنبي عن المقر به فاسد
فإذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره
بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقراراً في حق غيره ولكنه يسمع
في حق المودع لكونه إقراراً على نفسه بإتلاف حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم **قال** ويجلس
للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرفق للناس قال الإمام علي البزدوي هذا
إذا كان الجامع في وسط البلد وأما إذا كان في طرف منه يختار مسجداً في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة
بالذهاب إليها وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى إنما
المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما إذا كان الحاكم في المسجد وبين
أن يبتدئ الخصمان بالذهاب إليه لفصل الخصومة فلم يكره الأول وكره الثاني ولنا ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال
إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلوة
قوله نجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت
أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله إذ لا يصيب الأرض منه شيء وأما
الحائض فإنها تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت
الخصومة في الدابة فإن قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها
قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال
الإمام فخر الإسلام إذا كان داره في وسط البلد كما تقدم في المسجد فإذا جلس فيها فأذن للناس في الدخول
فيها لأن لكل أحد حقاً في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون أبعد من التهمة أي في
الجلوس وحده تهمة الظلم وأخذ الرشوة **قال** ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل

الهدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته بمهاداته قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلأنه من
حق القضاء إذ الهدية على هذه الصفة تستنبي وهو حرام والأصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده إلى
عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن
اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال صلى الله عليه وسلم هلا جلس في بيت أبيه أو
في بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال له من أين لك هذا
قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال له يا عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا فأخذ
ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم
محرم لا خصومة له فلأنه من جوالب القرابة وهو مندوب إليه صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام وفي
الكتاب إشعار بأنه لا بد أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على أن المهاداة بينهما قبل
القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلأنه ليس بأكل على
القضاء بل هو جار على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل أن المهدي للقاضي إما أن يكون
ذا خصومة أو لا والأول لا يجوز قبول هديته مطلقاً سواء كان قريباً أو مهادياً قبل القضاء أو لم يكن والثاني إما أن
يكون قريباً أو من جرت له العادة بذلك أو لا والثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه والأول يجوز قبول ما لم
يزد من له العادة على المعتاد وقال الإمام فخر الإسلام إن زاد على المعتاد عند إخراجه ما لا بقدر ما زاد في المال
لا بأس بقبوله ثم إن أخذ القاضي الهدية في موضع لا يجوز له أخذها ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قال يضع في بيت المال وعامتهم
قالوا يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيدين حتى تعذر الرد يضعها
في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدي إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين
فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم **قال** ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة قيل هي ما يكون فوق العشرة
وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر الخصاف رحمه الله أن الدعوة الخا
صة هي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وإطلاق لفظ القدوري
لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله يجيب دعوة القريب
وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في التوفيق بينهما إن الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم
يجوزا حضور دعوته إن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء
وإنما أحسن بعض وما ذكروا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهادات قبل القضاء صلة الرحم وذكر
صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وإن كانت
عامة لأنه يؤدي إلى ابن الخصم الآخر إلى التهمة **قال** ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة
ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وروى أبو أيوب
رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ستة خصال واجبة إن ترك
شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعوده وإذا مات أن يحضره وإذا لقيه

ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه
عليه السلام نهى عن ذلك روي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم الا ان
يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة قال واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين
يدي القاضي وان كان احدهما من ولاته والآخر من رعيته او كانا ابا وابنا يسوي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على
الارض لانه لو جلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه
والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه
والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا
لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذا يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه
والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة قال
ولا يسار احدهما ولا يشير اليه اي لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا براسه ولا بحاجبه ولا
يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر قلب الآخر فيتحير عن
طلب حقه فيتركه وفيه احتراز عن فعل يدل على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء
وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب
المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بين يدي القاضي
ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد هو ان يقول القاضي قولا يستفيد به الشاهد
علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا وهو مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول
ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس
وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة الناس مجلس القاضي وكان في التلقين احياء الحقوق بمنزلة الاشخاص و
التكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالف
فالقاضي ان قال يحتمل انه ابراه عن الخمسمائة استفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتاخير قول ابي يوسف يشير الى اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم فصل
في الحبس لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى
او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة ثم خلا انه
لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن
فلما كان زمن علي رضي الله عنه احدث سجنا بناه من قصب وسماه نافعا فنقبته اللصوص فبنى سجنا من مدر
فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب عن اداء حق الطالب لم يكن للقاضي
بد من ان يجبره على الاداء ولا خلاف ان الجبر بالضرب فيكون بالحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
صاحب الحق حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان
الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه

مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان ابيت اوفيك حقك فان امتنع بعد
ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بالانكار وروي عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله
عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت لي دينا علي فاذا علمت الآن لا اؤخر
في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع
ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة
وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوقهم تقام بغيره
وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزمه القيام بحق الوالدين ولو في هذا القدر من الخروج
كثير ضرر بالطالب وان مرض وله خادم لم يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين والمرض يزداد الضجر
وان لم يكن له خادم اخرجه لانه اذا لم يكن له من يخدمه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع
دخلت عليه زوجته وجاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة
الفرج وقيل الوطء ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم
في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم عن ادائه
حبسه اذا طلب الخصم ذلك ولا يسأله عن غناه وفقره فاذا ادعى الاعسار وانكر المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه
فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري من القول بقوله حبسه في كل دين
لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد استدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في
يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره
اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه قوله يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه المهر دينا مطلقا
كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا
على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد
دلالة اليسار فيكون القول قوله الا ان يثبت المدعي ان له مالا بالبينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا رحمهم الله
ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي فيما كان بدل مال او لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا مال له
والمدعي يدعي عارضا والقول قول من يتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه وروي
القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل
فكان القول للمدعي وفي المهر ونحوه كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه
شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فيبقى متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة اقوال وفي المسئلة قولان آخران
احدهما ان ما كان سببه من سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزي ان
كان زيه زي الفقراء كان القول له وان كان زيه زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية
والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم صيانة لماء وجههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله
وفي النفقة يعني ان هو المحفوظ من الرواية يذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت

نفقة الموسرين وعن الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان اصل اليسار يكفي اذا
اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الاخيرين اما تاييدهما
للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق
فلو كان الصحيح ما ذكر اولا لكان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما للذي كان القول
لمن عليه الا فيما بدله مال فلان بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق الا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح
القولان الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن السئولين نصرة للمذكور فيه وتقريره
اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا يسقط بالموت الانفاق وقد تقدم
ان الدين الصحيح هو الا يسقط الا بالاداء او بالابراء عليه ولكن ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله يسقط
لا بدين تقضى على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه
اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حبوسه وهما نفد حبسه الا بالايفاء ولم
عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول
قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلثة ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فليظهر ظلمه بالمطل
في الحال واما توقيته فلانه لاظهار ما كان يحقيه فلابد من مدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ويروى غير
التقدير بشهرين او ثلثة وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلواني هو ارفق
الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر والاصح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير
لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه من الناس من يضجر في السجن في مدة يسيرة ومنهم
من لا يضجر كثير فيجب بعد تلك المدة التي ضجر الاخر فان وقع في اكثر راي القاضي ان الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر
سال عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة
والعدد بل الواحد العدل يكفي والاثنان احوط اذ لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب
الاعسار والطالب اليسار فلابد من اقامة البينة فان شهدا شاهدان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي
لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف
انه معسر حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابده الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد
ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل براية ولكن لو سال
كان احوط وقيل محمد رحمه الله يقبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا
بعينه ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة
ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد
على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر
الملك ليكون قدر الدين معلوما في نفسه واما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في
استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما **قال** فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي

المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة اشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه يستحق النظرة الى الميسرة
بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعد ذلك ظلما وفي بعض النسخ جعل قوله بعد مضي المدة
متعلقا بقوله خلى سبيله فكان المفهوم من كلامه انه لا يخليه المريض للمدة وتبين ذلك بان اصحابنا ذكروا في شرح ادب
القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يزيد عليه شيئا من ذلك ولو قامت البينة على
افلاسه قبل مضي المدة كان اخرج واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا
سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية قبلت بينته واثبات تقبل في رواية ولا تقبل في
رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس ففي محمد رحمه الله روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان
يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمه الله وفي اخرى وعليها
عامة مشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت
بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت بها لان الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من الم
الحبس لا يتحمله قال في الكتاب اي القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام يعني المنع عن ملازمتهم
المديون بعد اخراجه من الحبس وفي الملازمة فهو للطالب ذلك لما ذكرنا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله
وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا
خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض لما ذكرنا في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج
الى تاويله فلهذا اذكر المصنف وبين تاويله بقوله ومراده اي مراد محمد اذا اقر عند غير القاضي وعنده مرة قبل ذلك
فظهرت مماطلته ومنه الرواية يصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول
الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو ما اولنا وبل قوله والحبس اولا يعني المذكور في الجامع الصغير من الحبس اول
وهلة وبيناه ليرفع مخالفته لما بيناه لا يحتاج الى ذكر لها فلا يعيد **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا
فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها فرفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه
بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص قال الله تعالى
ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي
هلاكه وتجويز الحبس لكون الدفع قصد اتلاف الولد ولان النفقة يسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وسائر الديون
لا يسقط به فافترقا قلنا لا يحبس المولى لعبد اذا لم يكن عليه دين وان كان حبسه لاجل ذلك لحق الغرماء وكذا
العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين لمكاتبه اذا كان من غير جنس بدل الكتابة لعدم وقوع المقاصة واذا
كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لا يحبس في بدل الكتابة
لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية
وقيل يجب التسوية بينهما لانه يتمكن من تعجيز نفسه فيسقط به سائر الديون كدين الكتابة **باب كتاب القاضي**
الى القاضي اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان الحبس يتم بقاض واحد وهذا لا يتم
الا بقاضيين فكان الواحد قبل الاثنين والقبلتين بان جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه

ويعرفها انه بما في الكتاب ثم يعمل به القاضي فكيف بالكتابة وفيه شبهة التزوير لان الخط يشبه الخط والخاتم يشبه
الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل
كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت مع الشبهات دون ما يندرئ بها
اذا شهد به عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود
اما ان شهدوا على خصم او لا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولانه
كيلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب
بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم على الغائب لانه قضاء على الغائب
وهو عندنا لا يجوز وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى
المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رايه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه وان لا فلا لعدم
اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهو
يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها ان شاء الله تعالى قوله وجوازه هو موجب
بتعليله على ما بينه وهو يشير الى ان جوازه ثابت استحسانا بالشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين
الشهود والخصم فكما جوزت الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك وان لم يرد بالكتابة
القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيرد بما الاتحاد في مناط الاستحسان قوله يعني قول القدوري في الحقوق
يشمل جحد الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة وكل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه
الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما جوز
فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة
بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد
يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب
والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيهما في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو
ليس بمدعى به وما سوى النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا يرى ان الاشارة الى الدائن والمديون
لا بد منها عند دعوى الدين ومع ذلك يجوز بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه
بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ولكن جوزه في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء
فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت
غالبا وعنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها في الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب
القاضي وصفته ذلك بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهوده ببخارى فطلب من قاضي بخارى
ان يكتب بشهادة شهوده عنده بحضرة ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي صفته كيت وكيت
ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويسلمهما الى سمرقند

فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو في يده ليشهدا عنده على الكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب
ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس
العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا
بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ
كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى
قاضي سمرقند فيما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث العبد الى سمرقند حتى يقضي له به
بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير
ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بها معه على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه
ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا و
ربما يأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما نظر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان
في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وهو
مذهب مالك واحمد والشافعي في قول ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة
تامة بشهادة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه
حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه الرجال فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول
يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب اجاب المص بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا
جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه يقبل بغير بينة حتى لو امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام ان لا يمضي الامان
ويتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة
الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله بخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول القاضي
الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما
في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله واتحادهما في غيرهما لان القياس يقتضي جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما
ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب
والكتاب وصل من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم
مقام المرسل والمرسل في غير موضع القضاء ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان
يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود وتسليمه
يجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانه اذا لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى كتابه
الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود لئلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او يبدل الخصم بمعاونة
وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معونة
على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف اخرا شيء من ذلك ليس بشرط

قوله اذا اشهدهم القاضي من كتابه بعد ما ختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه
ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال الآخر لان قولهما الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا على الناس قال واذا وصل الى القاضي
لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بمحضر الخصم وكذلك بخلاف سماع
القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع
قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه
من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال فاذا سلمه الشهود اليه اي اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه
نظر الى ختمه فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه
على الخصم والزمه ما فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي وخاتمه قبله
وفتحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في العيون ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل اذا شهدوا وعدلوا
قال المص والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج
الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاذا فك
الخاتم تعذر عليهم ذلك ومن يرى ان هذا ظاهر فالرد عليه انما احتاج الى زيادة الشهود اذا كان العدل الذي شرطا لم تظهر
فاما اذا لم يكن شرطا لكما احتمل الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة
الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل
على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان
فك الخاتم عمل بالكتاب لا به ولعل الاصح ما قال محمد رحمه الله في تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير
تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى
لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر قول البعض
قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي لان
كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى
المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفرع اذا مات بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه لا يمنع
القضاء ولنا القول بالموجب بموت الكاتب وان كان ناقلا لان بتمام النقل لا يحكم القضاء بدليل انه لا يصح الا
من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب من النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع
البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته
عليه فيبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المص بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا
ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما ومن ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او الخروج عن الاهلية فليس
بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا باقيا على اهلية
القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال

القاضي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد
على علم الاول وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانات فصار كاختلاف الامناء في الاموال ومثال ما اذا عمل
على كل واحد تكلما هيهنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم غير ضرر غيره تبعا له بخلاف ما
اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل
الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما تقدم وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه جوز لما ابتلي
بالقضاء ووسع كثيرا تسهيلا للامور وبموت الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ
الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي في قول
يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما لان
مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما **فصل آخر** في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان
سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان
الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تقليد محل الاجتهاد فذكر اصل بجمعهما ومن الفصل لبيان ذلك
وما يلحق به ومن يدل على ان الفصل تتمة كتاب القاضي الى القاضي ذكر قوله آخر وسافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل
قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس ومن الفصل آخر قال
ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص
اعتبارا بشهادتها وقد تقدم الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب
الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء ومن هي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء
في غيرها وقيل ارادة بها من قبل محطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر
فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعده ويحرم الا
ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك
بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء
بانقضائه فكان الامر بها من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من
شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان
لا مفتتح واعترض بانه لو افسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة واجيب بانه
لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة واري ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك
الصلاة اولى فتامل قوله ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتاخير عند العذر
ثم اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت وقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء
فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني بغيبة الاول فاجاز الاول جاز اذا كان من اهل
القضاء كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجاز الاول جاز قوله لانه

حضره رأي الأول يصلح دليلا للمسئلتين اللتين في هذه المسئلة فإن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت توجه
الاعتماد على علمه والحكم الذي حضره القاضي والجازم قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به ولهذا في الوكالة فيجيء في
كتاب الوكالة فيبل الأخذ في الابتداء أجازه في الانتهاء فلم اختلف في الجواز وعدمه وأجيب بالمنع بأن البقاء أسهل من
الابتداء وإن الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لا يحضره رأي القاضي وكان رضى الخليفة بتوليته القاضي
ولم يكن شيء يمكن له توليته غيره فيصير الثاني نائبا عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله لأنه صار قاضيا من جهة الخليفة
فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول له واستبدل من شئت فيملك الأول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضي لا يتعدى
إلى غير ما فوض إليه فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان إذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لأن قاضي
القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فإن كلا منهما
مفوض إليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلا وإيصاء وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية بعد الموت
وتعذر الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع إلى الموصي فيكون الوصي راضيا باستعانته من
غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والإيصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد
يجري فيهما وأجيب بأن المتقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون موقع الفساد في القضاء أكثر قال وإذا رفع
إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إذا تقدم الرجل إلى حاكم وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا نفذه إن لم يكن مخالفا للكتاب
كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فإنه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة المشهورة
كالحكم على المطلقة ثلثا للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثاني فإن اشتراط الدخول ثابت بحديث
العسيلة وقد ذكرناه في التفريع على التنبيه (?) أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه ويكون قوله
لا دليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فإنه لا دليل شرعي يدل على
ذلك وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل الاستثناء وكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفا للأدلة المذكورة
بسبب أنه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك
أمضاه وفيه فائدتان إحداهما التقييد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد
لا ينفذ ما رفع إليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية التقييد بقوله يرى غير ذلك إشارة إلى الحكم أنه إذا لم يكن
مخالفا للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا فإذا نفذه وهو مخالف لرأيه فيما يرى (?) أنه لا يجوز وأنه
[illegible] ساكت عن الفائدتين جميعا والأصل في تنفيذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يخالف الأدلة المذكورة أن القضاء متى لاقى
فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول في أن كلا منهما يحتمل الخطأ وقد ترجح الأول
باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه درجة وهو لم يتصل القضاء به ولقائل أن يقول القضاء في المجتهد فيه فرع
على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لأصله ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لأصله من حيث هو
أو مطلقا والثاني ممنوع فإنه يجوز أن يكون مرجحا لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجوده بعد فقدان أصل بالفرع ولا يدفع
الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه مع شيء آخر والأول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن
عمر رضي الله عنه أنه لما شغله اشتغال التساوي (?) استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر

احد

أحد الخصمين فقال إن زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقض
لي فقال عمر رضي الله عنه لو كان هنا نص آخر لقضيت لك هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه
مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ هو دليل النسيان
أيضا بطريق الأولى لأنه ليس بخطأ بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كما في المجتهدات ووجه عدمه أنه زعم
فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه وقال أبو يوسف ومحمد لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل بزعمه
قال المص وعليه الفتوى قال ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع فإذا حكم حاكم
بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث نقضه لأنه باطل وضلال والباطل لا يجوز
عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر فإن نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول
ويبطل الثاني لأن الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالإجماع والثاني مخالف للإجماع ومخالف الإجماع باطل لا ينفذ
والمراد بمخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء
فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته إن وطئهما الأب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من
رفع إليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور ولا اعتبار بمخالفة البعض غير معتبرة
وذلك خلاف لا اختلاف فلهذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكما على خلاف الإجماع نقضه من رفع
إليه وينبغي أن يحمل كلام المص هنا على ما ذكرنا إذا كان القول المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز
ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد
على الحرمة بدونه فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الأم من الثلث
إلى السدس بالجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفا للإجماع وهذا هو
المختار عند مشايخنا ولعله اختيار المص ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاد الإجماع لأنه ليس
بصحيح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول معناه أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه
هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الحاكم الحنفي والمالكي بما لم
أي تقدم عليه في الصدر الأول ورفع ذلك إلى حاكم يرى خلاف ذلك كان له أن ينقضه قال وكل شيء قضى به
القاضي في الظاهر بتحريمه كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا
قضى القاضي بإحلال لكن بشرط أن يكون الدعوى بسبب معين كنكاح وبيع أو طلاق لا في الأملاك المرسلة وهو مسئلة
قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور من العقود إذا ادعى على امرأة نكاحا وأنكرت فأقام عليها شاهدي
زور وقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول
خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر وهي منها إذا قضى بالبيع بشهادة
الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن يقول بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني
هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه
والبيع بثمن مثل قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن الناس فيه أو لا عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط انعقاد النكاح

قصدًا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون
له والمكاتب والاب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع لو كان القضاء بمحضر
من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية
الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في
الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي
زور وقضى القاضي بالفرقة فتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان
الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطء
لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند ابي يوسف اخرا
وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي
يوسف الاخر يحل له وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني لا يحل سواء
علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم قال ولا يقضي القاضي على غائب القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا
حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز وان توارى في
الاستتار تضييعًا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق
فيجب للقاضي العمل بمقتضاه ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا
يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر
بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت
اجيب بان الشرع انزله منكرًا حملا للامر على الصلاح اذ الظاهر من حال الحاضر انه لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا
للظلم ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة وكان الانكار موجودا حكما فان قال سلمنا ان لا منازعة
الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا معارض بان الظاهر من
حال الاقرار ان المدعي صادق ظاهرا الوجود ايضا لم يرجع الكذب عن العقل والتدين لا يترك الاقرار لعقله ودينه
ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان
بقاء الشرط الاستدامة وجود الشروط وسيأتي لبحث اخر وان قال وقع الحكم على خصم الحاضر غير مفيد لظهور الحق
بالبينة لانه ان حضر فاقر ارتفعت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب ان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا
يظهرها الا بالنزاع ولانه يعين احتمال ان يطعن في الشهود ويثبته وبين تسليم الدعوى ويدعي الاداء والابراء او
قبل القضاء له بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقع ذلك بعد الحكم ويعيد ابطاله وصون الحكم عن البطلان
اجل الاول بقوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من دليل الحرج على المطلوب والضمير ان يجوز ان يتنازع ان ويثبته في
وجه القضاء ولعل الثاني ومعناه ان الشرع يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضاء يحتملها من الخصم فيشتبه على
الحاكم وجه القضاء لان احكامها مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وتظهر في الزوائد
المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت

عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر
ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم
بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلوة
والسلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا وبحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان
رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه
بالنفقة وهو غائب اجبنا عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر
لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب ولا دليل
فيه لا على نفي ولا اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن لا تقض
لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا ترى انها لم تقم البينة فهو فتوى ولو انكر ثم غاب فكذلك لا يعتبر
ولا يقضي القاضي في غيبته ولم يوجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار
وقت القضاء لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه
يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح
للدفع لا للاثبات قال ومن يقوم مقامه وقد ذكرنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه من خلف
واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل او بكونه حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغائب كالوكيل
وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعي
به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لا محالة سواء كان المدعي واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو
اليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعي وهو الدار شيء واحد وما ادعيت
على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر فان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة او شيئين مختلفين كما اذا شهد
شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب
اعتقهما وهو يملكهما تقبل من الشهادة والمدعي شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب وهو سبب المدعى على الحاضر
لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء بهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن
الغائب لان المدعى شيء واحد في الاول وشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وانكر لا يلتفت
الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولها نظاير في الكتب المبسوط والمصنف لم يتعرض الا للسببية وكما ان يكون
المدعي شيئا واحدا او شيئين مختلفين تعرض لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا
السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا
قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلثا واقامت على ذلك
بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وانكر الطلاق يجب عليها
اعادة البينة لان المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لا محالة لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده لان الطلاق

متى تحقق فلا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق
فكان المدعى على الغايب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملا
بهما فان قيل كلام المص ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان ينبغي
المدعى به على الغايب شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت امراته على الحالف
ان فلانا طلق امراته واقامت على ذلك بينة قال المص قال المص لا يعتبر به جعله خصما قصدا عن الغايب بعض وقيل
عامة المشايخ لان فيها على ان الغايب لا تصح لان ذلك ابتداء القضا على الغايب وقال الامام فخر الاسلام وشمس
الايمة الاسلام الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف
على السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب لا الشرط والتوقف عند اكثر لكونه الجانبين لان المعتبر توقف
ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغايب وتوقفه بالشرط موجود واخرج المص المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا
عن الغايب ليسمع الخصومة عليه بقوله كما في الوصي من جهة القاضي لان كلا منهما يقوم مقام الغايب والمسخر لا يقوم
مقامه ذكره في الذخيرة وبين ذلك في الروايتين فيه مكانه اختصارا **قال** ويقرض اموال اليتامى للقاضي ان
يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكر الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة
فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم يكن مضمونة بالهلاك فلم يكن مضمونة
وبالقرض يصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن ربما يعرض التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله
والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه يعلم المديون وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان
يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على
الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وعن
فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية تجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي
وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يامن جحوده وان اخذ الاب قرضا لنفسه لا يجوز وروي
الحسن عن ابي حنيفة انه له ذلك

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء واخره من حيث ان المحكم
ادنى رتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب
فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا
ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وشرع
ان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق
والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم
صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء لانه
لانه تفويض ولذا كانت المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امراة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل
الشهادة فيها **قال** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد لما تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فليس فيهم ذلك
لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكمه المسلمون وان حكمه اهل الذمة جاز لانه اهل للشهادة

بينهم

بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام وكذا تحكيمه
والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سياتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما
لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز وكل
واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لانه كان
وجود شيئين الرضا بالحكم وجودهما وتمامه فلا يحتاج الى عدمهما بل يكتفي بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي
ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام
بعد الحكم ولا نقض ثم فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله
السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه بحكم الا بذلك فلا فائدة في
نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم
يمض تمكن لان امضا الاول بمنزلة حكمه بنفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم
الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته وكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض اخر
ان يرجع **قال** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات
لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه قال شمس الايمة السرخسي من اصحابنا من قال
التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء
اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره
المص واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود
وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات
وهو كما ترى يشمل تعليل المص قوله وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدوري الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالكنايات فيجعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا
وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الايمة الحلواني في مسئلة حكم المحكم يعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر
المذهب انه يجوز الا ان الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كي لا يتطرق الجهال الى
ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطاء لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في
مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان
كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سياتي
في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت
القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما الاروش والجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال الجاني
بان كانت دون ارش الموضحة وهي خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز
لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت
الجناية بالبينة وكانت خطاء لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة

فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة يعني انهما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي
بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او
بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك
فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك
انشاء الحكم عليه بذلك اذ كان على حكمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضاياه لانسان قضيت عليك لهذا
باقرارك وببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم
مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار حجرا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي
المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل لان اهلية الشهادة شرط والشهادة لهؤلاء
غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة
فكذلك القضاء وكذا ان حكم رجلين فلا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برايهما حكمه
وراي الواحد ليس كراي الاثنين ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك عندهما لانهما بعد
القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه قال مسائل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا
فرق ذكر في اخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها مستدركا
لما فات عن الكتاب في ابوابه وتسمى مسائل شتى ومنثورة او متفرقة قوله وعلى هذا كان القياس ان يؤخر الى اخر كتاب القضاء
ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعض مسائل القضاء بالمواريث فكره ان يجر بين التاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لاخر
فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا
ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز لكل واحد منهما
ان يصنع ما لا يضر به قوله قيل ما ذكر تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان ابا حنيفة انما منع عما منع اذا كان يضر واما اذا لم يكن
فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يضر بالاخر فصلا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه
فيكون المنع لعلة الضرر لصاحبه قوله وقيل ليس كذلك بتفسير له وانما الاصل عنده الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك
يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما يظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعنده
لم يجز المنع لان الاطلاق متيقن والمتيقن لا يزول بالشك والاصل عندهما الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم
للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع البيع اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق
المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضا به دون عدم الضرر فيتامل
فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه نظرا قال
على المنع لا فلاحة ما قبله ذلك واذا كانت زائغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة تتشعب عنها زائغة مستطيلة مثلها
على يمين الصعود من لاسفل الزائغة الاولى ان يفتحوا ابوابا في الزائغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في
المرور الى الزائغة القصوى لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة ليس لاهل الزائغة ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا اهل الادنى
انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف التا

فذ

فتح الباب

فذ لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع جدار وله ان يرفع جميع جداره بالهدم
فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه
المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله
من هذا الوجه فيمنع وكلام المص ليس فيه ما يدل على ان الزائغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه
ابو الليث اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون كلا من
الزائغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارأيتم ان اخذ الله سمعكم و
ابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله ياتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة
قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه
في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة للكل ولكل منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة
اذا بيعت دار منها بين الصورتين قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده رجل ادعى على
اخر ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالحه منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الانكار وسياتي الكلام فيه في الصلح
ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلوميته شرط صحة الدعوى الا يرى انه
لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجاب بان المدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا
لان جهالة الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعي اما ان
يكون مانعة لصحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية
نقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول فما جاز الصلح فيما نحن فيه بجهالة المدعي لكنه صحيح والجواب باختيار الشق
الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام
وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء وعليه
ازالة الفساد باعلام معلومه ثم ما يدعي فلا يكون رده مفيدا ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهر مثلا
وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء اي
طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه وقام البينة على الشراء فان شهدت
على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما ان المدعي ادعى الشراء بعد
حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني
من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لا شك يكون قائلا وهبت لي هذه
الدار وكانت لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي
ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون بشرط قبلها اي قبل عقد الهبة او
وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على
الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك
للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه تقرر

ملك الواهب عينها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا يقبل في مسئلة الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء
ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا اقدم على
الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة فيما بينهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا **قال**
ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فقال لآخر لم اشتريت منى هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك
الخصومة اي عزم بنيته وقيل ان شهد بلسانه على العزم بالقلب لانه لا يحاصره وسعه اي حل له ان يطأ الجارية
لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل
والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان معا فجاز ان يقوم احدهما مقام الاخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا والاقالة
فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام
الفسخ لجاز للمرأة ان تجحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج آخر لاقامتهما مقام الفسخ لكن ليس
لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم
فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من لم يشترط الخيار على الفسخ فان
العقد لا ينفسخ بمجرد عزمه ينزل الصريح في الجمع فقال لمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل
وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون
الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البايع حين
باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة **قوله** ولانه
دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه والمتعذر فات رضى البايع وفواته يوجب الفسخ
لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مرتبا
على الفسخ من الجانبين وجعل الجحود فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البايع وفي الثاني مرتب
على الفسخ من جانب البايع باستبداده ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة او غير ذلك ثم قال
انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض
نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من
جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال فيه بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن
من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان **قيل** الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق
وهو الجياد حملا لحاله على الحق فقبضه لا يلتبس لغيره ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه
فكذا هنا اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة **وقوله** حملا لحاله على الحق قبضه
والزيوف لحق قبضه لانه من جنسه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد
فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول
قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه
او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا

بايع مشتري

تركه

فيهما

في الاول ويدل التنفي الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان
في دعواه الزيوف متناقضا ومن ثم يظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البايع وانكره فان القول قول البايع لا
المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى بنفسه حق الرد على البايع وهو
منكر فالقول قوله فكان من قبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق ولا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع
بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم
ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق
هو ان في قوله قبضت مالي عليه وحقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد
استثنى البعض من الجملة فيصح كما لو قال لفلان علي الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ
على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال
لفلان علي الف درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا **قوله** وفي الستوقة لا يصدق
يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان
متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا ولم يقل كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على
انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب
الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراض ضعيفا لان قول
الترتيب في كلام المصنف ان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدليل قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف
والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا وانما النزاع في انه يقبل موصولا او لا ولم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان
بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الاخر يعني لكلامه فيما اقر بالدراهم الجياد
وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا وموصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بالمنع سلمنا عدم قبول الموصول لكن
باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او
نقول اختار المصنف فانه عزاه الى بعض النسخ ولكنه باستثناء الدينار وقيل لا يبعض لان الجودة وصف لا يصح
استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما يرده التجار والعلة ردي
من الزيوف والستوقة فيما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستوي وهي اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم
قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ان الاقرار المرتد يكون بما يحتمل الابطال وبما لا يحتمله فان كان الاول
فاما ان يستقل المقر باثباته او لا والاول ينتهي رد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته والثاني
يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك
الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو يستقل باثباته فطرأ امر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد
وقوله بل لي عليك الف درهم غير مقبول لانه دعوى فلا بد له من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه
المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر كان تصديقه بعد ذلك لان اقراره وقد كان يحتمل
الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني ان المقر له لا ينفرد بالرد كما

ستوقه معرب سه طاقه اي الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر نهاية

أن المرتد يتردد بانتباه المعنى ترجحها فيبقى العقد فحمل التصديق بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات فيترجح
الآخر به أو نقول إنما عزم المرتد على ترك الخصومة وجب أن يعتبر التصديق بعد الإنكار فإن الفسخ قد تم ولهذا
لو كانت جارية تحل وطئها لما تقرر ويجوز أن تغالي في قوله ثم قال في مكانه شارع إلى الجواب عن ذلك فإن العزم
والنقل كان دليل الفسخ وبه يسقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولو
لم ينقد استيفاء الثمن من المشتري فإن رضي البائع فيستبين بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لأنه قال لم ينقد
استيفاء الثمن يستبين وههنا لما أقر المشتري في مكانه بأن أعلم بعقد الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان
الثاني كما إذا أقر بنسب عبد من إنسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر بنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة لأن
الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد ولو وافقه المقر على ذلك قال ومن ادعى على آخر ألفا
فقال ما كان لك علي شيء قط معناه نفي الوجوب عليه في الماضي على الاستغراق فأقام المدعي البينة على ادعاه وأقام
المدعى عليه البينة أنه قضاه أو على الإبراء قبلت بينته وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لا تقبل
لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن
التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا يرى أنه يقال قضى بباطل كما يقال
قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك علي شيء والمسألة بحالها لأن التوفيق ظهر لأن ليس
لنفي الحال فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور
تناقض أصلا وقالوا دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه [من غير دعوى التوفيق] يتصور تناقض أصلا
وهو قول الخصاف ومسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فإنه ألا يرى أنه لو ادعى على رجل دم عمد
فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء أو العفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية
فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت إليه قبلت ولو قال
ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبه ذلك كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء ومعاملة
بلا مخالطة ومعرفة وذكر القدوري عن أصحابنا أنه أيضا يقبل لأن المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر
بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا على هذا إذا كان المدعى عليه ممن
يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق
بلا معرفة قال ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة
على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالإصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة أنه
برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكره في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف أثبته عن أبي يوسف رحمه الله
المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا لما ذكرنا من صورة الدين فإنه لو أنكر أصلا ثم أقام البينة على القضاء
أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا أن يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى البيع
سألته عن أن يبرئني عن العيب فأبرأني ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره

فذكر مسألة

وذلك يقتضي وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان متناقضا بخلاف مسألة
الدين لأن غير الحق قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في أسفله إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن
قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه وإن لم يذكر ذلك بعد إخراج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله
أو كتب في كتاب الشراء فما أدرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله بطل الذكر كله عند أبي حنيفة وقالا
الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال لازم لأن الاستثناء و
الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الاستيثاق والتوكيد صرفه إلى الجميع يبطل ما فرض للاستيثاق لم يكن ليس ما أحلف
باطل ولأن الأصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه
ومثله من المحسنات والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقا وإذا لم يكتب في آخره إن شاء الله الثاني مسلم ولا كلام فيه والأول
عين النزاع والأصل في الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولأبي حنيفة
أن الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت
الله إن شاء الله فإنه ينصرف إلى الجميع هذا إذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في
الكلام وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه
ومن قام بهذا الذكر في الشروط إثبات الرضاء المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فإن التوكيل
بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا لا ينصاب به لأنه في الإسقاط فإن للمقر أن يرضى
بتوكيل المقر له بخاصمه معه لما فيه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فإذا رضي فقد أسقط حقه وإسقاط
الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لأنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم
إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا غير وفي مذهب أبي حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل إلى هذا الموضع وإذا مات النصراني
فجاءت امرأته مسلمة ذكر مسألتين مما يتعلق بإثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في
وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت
في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه
فإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال
زفر القول قولها لأن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات لذلك ولنا أن سبب الحرمان ثابت
في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحون
إذا اختلفا فيه المتعاقدان بعد مضي المدة فإنه يحكم الحال فإن كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحون
وإن كان منقطعا كان القول للمستأجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو
أعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لأن زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بأن الأصل
في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر
للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت

أسلمت قبل موته وقال الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضا فلا يحكم الحال لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق
الذي هي محتاجة إليه وهو لا يصلح لذلك وهذا القدر تمام الدليل وقوله وأما الورثة فهم دافعون إشارة إلى معنى آخر وهو أن
في كل مسئلة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة
وحدث إسلامها حادثا فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى من النوع الأول وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال
والأصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى من النوع الثاني فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال لإثباتا
وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام حادث
فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى بعد الموت وبالنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون
الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيغنيهم الاستدلال به وقوله ويشهد لهم
دليل آخر وهو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات فإن قيل إن كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة
كان ظاهرا في المسئلة الأولى معارضا للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح والأصل عدمه فالجواب أنه يعتبر في الدفع لا في
الإثبات وزفر يعتبره للإثبات وهو منقوض بنقض إجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للإثبات لو كان
صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر
والجواب أنه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر وأما ثبوت الأجر فإنه
بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال ومن مات وله
في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة صورتها رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت
لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعها إلى المقر له لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة فصار كما إذا هلك شخص عين
حق دفعه إليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه
منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون إقرارا على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في
المسئلة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه من الحاجة ليس كالدين وعدم
نفاذ خلافة الورثة بتأخر عن ذلك والجواب أن استحقاق الورثة ثبت بإقراره بيقين وما يوجب قيامه فيه من الحاجة أمر
كالدين يعرض على حق الميت في المال وهو موهوم فلا يؤخر اليقين به فإذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أو لا قيل
يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في غيبة المودع وفي المنع عنه يضمن كالمنع
من وكيل أو وكيله أن يسلمها إليه الذي يستردها قبل الإهلاك ذلك لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف ما
إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير بل الإقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى
بأمثالها فلو أقر المودع بعد الإقرار الأول لرجل آخر أنه أيضا ابن الميت وأنكره الأول وقال ليس له ابن غيري قضي
بالمال للأول لأنه لما صح إقراره للأول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالإقرار الثاني يكون إقرارا على
الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر للأول لم يكن له مكذب فصح إقراره وحين أقر للثاني كذبه
الأول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول ويجاب
بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة القاضي بعد ما أقر لغيره فإن القاضي وقد تقدم

في أدب القاضي وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكرها شرعا فلا يلزم الإقرار قال وإذا قسم الميراث بين
الغرماء إذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له فإما أن يقر به ذو اليد أو لا فإن كان الثاني
وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا للورثة ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا
يعطى شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني
أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وتأن بالاتفاق والثالث
إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره
فإن القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدره الطحاوي رحمه الله التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وإن
لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالأب والابن فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه
وإن كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقلهما
وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه هل يؤخذ
منه كفيل بما دفع إليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقالا يؤخذ ذلك
وإن كان الأول لا يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة لهما أن القاضي ناظر للغيب والنظر لهم في الاحتياط
والاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه كما إذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فإنه
يأخذ منه كفيلا وكما إذا أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند إنسان وديعة أقر بها المودع وبقيام النكاح
فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولأبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا إن لم يكن له وارث آخر بيقين أو ظاهرا
إن كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا
عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء ممن هو في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فإنه
يدفع المبيع إلى المشتري والثمن إلى الغريم من غير كفيل وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد موهوما
فلا يؤخر حق الحاضر لموهوم إلى التكفيل قوله ولأن المكفول له مجهول دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك
لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لواحد من الغرماء فإن قيل إذا
أقر بدين ولم يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أجيب بأنه إذا أقر بدين له فيه ملك ولم
يثبت للموكل بحجة كاملة فكان مظنة أن يبرأ الحال لا محالة وأقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له
ونقل التمرتاشي فيه خلافا فإن ثبت فلا إشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بخصم ولا للميت لأن الكفالة
للتوثق للمطالبة كما تقدم وهي من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في بعض الصور بالإجماع على ما بينا وفي
ذلك تأخير حق ثابت قطعا أو ظاهرا لما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم
بل إنما هو لتعلة القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك الحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام
قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النفي باطلة
بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه وكذلك طلب شيء زائد للمستحق
بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهد به من المسائل أما مسألة النفقة فلأن التكفيل فيها لحق

ثابت وهو ما اذا حكم الحاكم بالمال من موضع الرفع والمكفول له معلوم ومكفول به موجود معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الآبق و
اللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في
شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة ولا يصح القياس وقال العتابي اخذ الكفيل في الآبق
اكد مما يعني واللقطة باجماع المدعي على الامانة فيه تكفل بالاجماع قال المصنف وقوله الحق غير ثابت ولهذا كان لما ان يمنع
قوله فقوله اي قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل لما ذكر تمهيد الا ذكر بقوله وهو ما اي اطلاق الظلم
على المجتهد يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطي ويصيب وتقرير ان من اصحابنا المتقدمين من نسب
اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعا انهم اخذوا ذلك من مذهب ابي حنيفة واصحابه وقد قررنا ذلك في التقرير بعون
الله تعالى مستوفي **قال** واذا كانت الدار في يد رجل وادعى في يد رجل فاقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها
ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يوخذ من ذي اليد كفيل
وهذا اي ترك النصف الآخر في يد من هي في يده عند ابي حنيفة واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا
ان كان ذي اليد جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين ولا يترك في يده لان الجاحد خاين وفي الخاين لا يترك المال
في يده وله اي ولابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا لتعدي منه الى من يقوم
مقامه ونفذ وصاياه ويقضى ديونه من ذلك القضاء بعينه ثم المقضي بين كونه مختار الميت وهو ثابت فيما تقدم فيلزم نقضه بين
يد غيره من غير مختاره لانه قال واحتمال كونه اي كون المال بين غير مرضي به اختيار الميت لاستيفاء احتمال ذلك
المطلوب بالكتبي كما ادعى هما بين بعد ذلك في النافي بين ذلك **قوله** وجحوده قد ارتفع بالقضاء فاعله ذكره ويقع به
الخيانة بالجحود لما يكون باعتبار ماضي وما يأتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا الاخر والثاني ظاهر العدم
لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي والناس يعلمون ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل لعلمه
بعدم الفائدة لا يقال بموت القاضي والشهود ونسيانهما الحادثة واحتراق الخريطة امور محتملة فكان الجحود محتملا لان
ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول فهي المسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الآخر
بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه اما انه يحتاج
فيه الى الحفظ فلانه لا يتحصن بنفسه ليعقول الانتقال من محل الى محل واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ
في الحفظ لانه لما جحد من بيده زيادة يتصرف لخيانته ولعله انه يملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان ماموناً
عن الظاهر وكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا علك الوصي بيع المنقول على الكبير
الغايب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف
ولهم ولاية الحفظ وبيع المنقول من باب الحفظ وقيل **قال** النزع من المنقول لصاحب الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر بناء على
ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يد من كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في
يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لانما قيل انما جحد من بيده زيادة يتصرف لخيانته ولعله انه
انه يملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت بعينه في
الخلاف في العقار فيسقط الفرق **قوله** وانما لا يوخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اجل

الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا يسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشاء الخصومة والقاضي
لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل ما بال القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي
يقطعها بالحكم باعطائه قلت نحن نخل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة
ورفعها فافرضناه رافعا الشيء كان منشيا له من الخلف **قوله** واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة
اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على ان قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب
فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما
عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل عينا كما يجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في
الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيل في الخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر
ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعي احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح
احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله
بخلاف الاستيفاء بنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره ولقائل ان يقول فعليك على النفس في
نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محذور فيه وهو بحث النائب قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع
وما كان كذلك لا يقبل التشكيك **وقوله** وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت اي بدين للميت او عليه كما
ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقرير ما مر **وقوله** الا انه استثناء من قوله لان احد
الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن
جميع الميت ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع الكبير والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون
اليد فيقتصر القضاء على ما في يده **قال** ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب
عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ
النصاب او لا لان التعيين يوجب ماله الزكوة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بالدراهم وعليه دين يحيط
بالدراهم لزمه التصدق به فاذا قضى به دينه لزمه التصدق بقدر ما عنده لكن ان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة
وان لم يجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل
وثياب البذلة وغير ذلك وان وصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما
قال به زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ ليس للعبد
ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال اي الصدقات مضاف الى اموال خاصة
فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو صحيح لانه لبث في مسجد جماعة
عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلوة لانه انتظار لاوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد
جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انها تثبت
الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية **قوله** ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر
من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الحيوة مظنة الحاجة الى ما يقوم به حوائجه الاصلية

ينحصر النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل والارض العشرية بخلاف
النذر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال
التجارة لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة ولا يدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع
محمد لانها اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة
واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه تمحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املكه صدقة
في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكوتا وغيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكره في الامالي لان ما املك
اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على
… وان كان اعم ينصرف الى غير مال الزكوة ايضا اظهارا لزيادة عموم فان قيل الصدقة بالاموال معتبرة في
الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص
بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع
والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة
السرخسي لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان
بقوله لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو
بلفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل المال … قررناه من قبل فارجع اليه … واذا
لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسال الناس
من يومه وقبيح ان يتصدق بالكل ويسال الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط
مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس في كثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك قوته ليوم لان يده تصل الى ما ينفق
يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب العقار والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان شهرا لان يده تصل الى
ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء
في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث **قال** ومن اوصى اليه ولم
يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع
شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائز وان وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول
بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة يجمع بينهما فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله ثم لم يجز تصرف
الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الروايات ان الوصاية خلافة لانها بعد الانها
مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا يتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم
بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة يتوقف على العلم لانها لو توقفت
عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال الرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم
بهذا القول فلان وباع عبده منه صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه ثبت
ضمنا والكلام في الوكالة تثبت قصدا ومثله كما اذا قال لابنه اعتق عبدي ولم يعلم به العبد فان … في ضمنها

صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من اعلمه
من الناس بذلك سواء كان بالغا سالما عدلا او على ضد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام
امر لان الاطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وحينئذ
يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة والاذن للعبد في التجارة ولابي حنيفة انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل
الصدق والكذب ويحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة
من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الالزام
كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن
فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلا يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا
شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله
الى وكيله **قوله** وهو على هذا الخلاف يعني الذي ذكرناه بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط احد شطري الشهادة فيما فيه
الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر
والسادسة قاسها المشايخ عليها ولم ينص عليها مسئلة اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط
العبد المادون اذا اخبره واحد بالحجر تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا
وكذبه لم يثبت عنده خلافا لهما وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما تقدم ومنه المسئلة التي ذكرها في النص ههنا
والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعد ذلك بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء
خلافا لهما والرابعة المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته ويجب القضاء
وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وقال شمس الائمة السرخسي جعله كرسول رسول الله عليه السلام فالرهن مما يثبت بها
الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة
اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بالاتفاق وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف
قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبدا لاجل اصحاب الديون وقبض
الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي
قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم ولو وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما ذكرنا
فيرجع المشتري على الغرماء وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع
المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان كان وصي الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه ليبيع
عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري
عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه
اي ياخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال فيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا

لان سبب الضمان تحقق في ام الميت وقيل السبب غير ذلك لانه ما ضمن من حيث ان العتق وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره
والورثة اذا بيع لكان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقل عاملا له **فصل** اخر جمع في هذا
الفصل مسايل منثورة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول اولا

قال واذا قال القاضي قد قضيت اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب
فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله ما لم تر الشهادة بحجة ذلك
وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة
زماننا وهي تقتضي ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوا فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك
انشاءه لان المولى متمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من انشاء امر اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه تمكن
من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يحتاج الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي اولو الامر وطاعة
اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار
وقالوا اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا يأتي الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما
يقبل قوله لعدم تهمة الخطاء لعلمه والخيانة لعدالته ومن القسم ثم يحتاج الى الاستفسار للاتفاق وان كان عدلا جاهلا
يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه يقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا
استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه
وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه مما يظن مستند حكمه غير الدليل دليلا وان الشبهة غير
دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل والخيانة في
الفسق **قال** واذا عزل القاضي فقال الرجل لما فرغ عن بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في
بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال
فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته او يصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف
وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال الرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك
وقال الاخر قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول
قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له
الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الاهل
في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع
القاضي صدر بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه بالاخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ فكذلك هنا
وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل
فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما ان حالة القضاء ينافي الضمان
فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر وصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت
وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية

للايقاع

للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة
اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه
واما في الاول فلتصادقهما انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه
حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي
ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف
الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة
منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان احد امرين اقرار الرجل على نفسه بسبب
الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطع وهذا يقتضي وجوب الضمان على
القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال
باقيا في يد الاخذ وقد اقر بما اقر به القاضي اخذ منه لا محالة سواء صدقه الماخوذ منه المال في انه فعله في قضائه او ادعى
انه فعله في غير قضائه لان الاخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول
المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

كتاب الشهادات

اورد هذا الكتاب عقيب كتاب
ادب القاضي لظاهر المناسبة لان القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة
احياء الحق انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا يترك حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار
بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح
اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة
وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات
وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو
ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل
الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها
وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق
ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة **قال** الشهادة فرض يلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزمهم
الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه لكن الفرض هو صفته وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تاكده وشرط طلب
المدعي تحقيقا للسبب لان الاداء على امره واستدل بقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها
وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهو ظاهر يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهو ظاهر يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان
يستلزم ثبوت النقيض الاخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاظهار ثابتا وهو يساوي
الافتراض فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون
امرا بضده اذا كان له اضداد واما اذا كان له ضد واحد فهو امر به كالنهي عن الكفر علامة الامر بالايمان فانه امر بضده وهو الصحيح

من المذهب المعروف في أصول الفقه وإنما يشترط طلب المدعي لأنه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ولو قضى بها لا علم
الشاهد بالشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضيع حقه فإنه تجب عليه الشهادة وإلا طلب لتوقف
الخصم أنه محق بالمطلوب دلالة فإن الوجوب للأداء عند الطلب إحياء للحق وهو فيما ذكر موجود فكان في معناه فلحق به
لا يقال قد رأينا أن طلب المدعي سببا لأداء الشهادة وهو خلاف ما ذكر المصنف بقوله وإنما اشترط طلب المدعي فإنه
يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لأنه يعني كلامه وإنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعي فإن الطلب
سبب ووجوده شرط فلا مخالفة فتدبر فإن قلت لما تجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تكتموا الشهادة
سببا قلت نعم لكنه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلوة لدلوك الشمس قال والشهادة
في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار لأن الشاهد في الحدود مخير بين أن يستر وبين أن يظهر لأنه بين أن يشهد حسبة
لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر أفضل نقلا وعقلا أما الأول فلقوله عليه السلام
للذي شهد عنده وهو هزال الأسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله عليه السلام
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام وأصحابه فإن فيها دلالة
ظاهرة على أفضلية الستر قيل الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب والعمل بها نسخ لإطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد
وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن القدر
المشترك فيما نقل عن النبي عليه السلام وأصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجاز الزيادة به وقيل أول
الخبر الأول يعد في ما عن حكاية مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لأن شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواقع
فيها بالستر وأما الثاني فلأن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوت حق المحتاج إلى الأموال والله تعالى غني عن العالمين
وليس ثمة خوف فوت الحق فبقي صيانة لعرض أخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك قوله إلا أنه يجب أن يشهد استثناء
من قوله يخير وهو منقطع لأن الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وإنما يجب ذلك لأن فيها إحياء لحق
المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولأنه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان وأحدهما
حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز ولا أقدم على إظهار السرقة
ترجيح حق الله تعالى الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال والشهادة
على مراتب الشهادة على مراتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ أربعة
نص في العدد والذكورة وأما الإسلام والعقل والعدالة فمعلوم اشتراطها وأما اشتراط الأربعة فيه دون
القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة ولا يقبل شهادة
النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين بعده أبا بكر وعمر من بعده بأن لا
شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر أنه ورد في حقهما قوله عليه السلام اقتدوا بالذين
من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولأن في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود
قال الله تعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة أيام ولما قال شبهة البدلية

لأنهما اللذان كانا بمعظم تقرر الشرع وطرق الأحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما إلا الاتباع تمام

لأن حقيقتها إنما يكون فيما لا يمتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة
مع إمكان العمل بشهادة الرجلين وإذا كانت فيها شبهة البدلية لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فإنه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما تقرر من عموم اللفظ وهو نص في باب العدد والذكورة والبلوغ
خلا أن باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله ولا يقبل فيها شهادة النساء يجوز أن يكون جوابا
عما يقال الآية تقتضي عقيب قوله فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فكانت شهادتهن فيها مقبولة ووجهه أن القران
في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن وجب فغير معتبر لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن
فإن قلت ما مسلك الحديث عن الآية ههنا التخصيص أم النسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من
سنن وهو إما التخصيص لأن بينت المقارنة أو النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام
والخليفتين يدل على تلقيه بصدر الأول بالقبول لكان مشهورا يجوز الزيادة به قال وما سوى ذلك
الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية أي
الوصاية لأنه في تقليد غير المال ونحو ذلك حتى العتاق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على ما تلونا
وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالإعارة والإجارة والكفالة ونحوها
وشرط الخيار واستدل بأن الأصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية
فإنها لا يصلح للإمارة ولهذا أي ولأن الأصل عدم القبول لا يقبل في الحدود ولا يقبل شهادة الأربع منهن وحدهن
إلا أنها مستثناة من ذلك الأصل في الأموال ضرورة إحياء حقوق العباد لكثرة وقوعها وخفة خطرها فلا
يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وقوعا كالنكاح والطلاق والرجعة والإسلام والردة والبلوغ والولاء
والعتق والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه أهلية الشهادة
وهو المشاهدة التي تحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم إلى وقت الأداء والأداء الذي يحصل به
العلم للقاضي ولهذا أي ولكون القبول أصلا فيها قبل أخبارها في الأخبار ولقائل أن يقول ما ذكرتم مما يبتني عليه أهلية
الشهادة إما أن يكون علة لها أو شرطا لا سبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والإسلام والبلوغ والمشاهدة
والضبط والأداء ليست بعلة لذلك لا جمعا ولا فردا والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعا ولا فرادى
على أنه لا يلزم من وجودها وجود المشروط والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من
الحرية والإسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والأداء فليست بعلة لها وإنما هي علة لأهلية قبولها
فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالإسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضا فإنه أحد الأمور المذكورة
المشاهدة والضبط والأداء إذ أدى خبر لفظة الشهادة لم يقبل شهادته وإذا كانت علة استلزم
وجودها وجود معلولها وهو القبول على ما تقدم في كلام المصنف أي أهلية قبول الشهادة قوله ونقصان
الضبط جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه أن ذلك بعد التسليم ينجبر بضم الأخرى إليها
فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ويقبل فيما يثبت بها وهي الحقوق

شهادتهن

قبلت

المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايصاء والأموال فلأنه
يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك يثبت بشهادة النساء
مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل والأعن قوله لقصور الولاية والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن
فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع مراتب الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني
وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات
فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ
عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى
العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه إن نسبت فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في
الأركان وليس كذلك وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة
والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتأمل قوله وعدم قبول الأربع جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الأربع
وتقييد القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كيلا يكثر خروجهن قال ـــ وتقبل في الولادة
والبكارة أخص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال
لا تقبل في غيرها نوقض أفراد الموصوف على الصفة لا عكسه كما هو صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل
واحد فيها لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ووجه الاستدلال أن الألف
واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحد فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة
على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله ولأنه إنما يدل
معقولنا وهو أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف وفي إسقاط العدد تخفيف
النظر فيصار إليه إلا أن المثنى والثلث أحوط لما فيه من معنى الإلزام واعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة
لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن
يقال خفة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالتزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز
احتياطا ثم حكمها أي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال وإذا
تزوج الرجل المرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وقال
لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة وقالا تطلق وإن كان الزوج قد أقر
بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة يعني يثبت الولادة بقول المرأة وعندهما يشترط شهادة القابلة وأما حكم
البكارة فإنها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما فلو نظرت إليها واحدة
فأما أن تأيد شهادتهن بمؤيد أو لم تأيد فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليها ما
يؤيدها فعلى هذا إذا شهدن بأنها بكر فإن كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لأن شهادتهن تأيدت بالأصل
وهو البكارة وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البايع لذلك ومقتضى البيع وهو اللزوم وإن قالت إنها ثيب

يحلف البايع لينضم نكوله إلى قولهن لأن الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله
لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فإن حلف لزم المشتري وإن نكل ترد عليه فإن قيل شهادة
النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بأن العيب يثبت بقولهن
يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فإن المشتري إذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له
ولاية التحليف والإنكار القول للبايع لتمسكه بالأصل فإذا قلن إنها ثيب ثبت العيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف
البايع على أنه لم يكن بها ذلك في الوقت الذي كانت في يده وأما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الإرث عند
أبي حنيفة غير مقبولة لأن الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة
لكنها في حق الصلوة مقبولة لأنه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في حق الإرث
أيضا مقبولة لأنه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة فالجواب أن المعتبر في ذلك
إمكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم وذلك لا يشاهده
الرجال غير النساء قال ـــ ولا بد في ذلك كله من العدالة لا بد في المال وغيره مما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة
وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهو من ابتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر ولفظة الشهادة
حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم يقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت أما اشتراط العدالة
فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولأن الشهادة حجة باعتبار
الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علة الحجية وما سواها معرفات لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه
فقد يتعاطاه أيضا وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها أي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروة أي إنسانية والمروة
وتشديد الواو فيها لغتان يقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والأول يعني عدم قبول شهادة
الفاسق مطلقا وجيها ذا مروة كان أو لا أصح لأن قبولها إكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم إذا
لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة
فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا إذا تبايعتم واستشهدوا
شهيدين وقال عليه السلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ولأن في لفظة الشهادة زيادة توكيد لأنها على المسا
ولأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فإنه
للتعظيم فيجوز تبديله بما هو صريح فيه وقوله في ذلك يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك أي في جميع ما تقدم
حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها شهادة لما فيه من معنى
الإلزام حتى يختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والإسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فإنهم لا يشترطون
فيها لفظة الشهادة فإذا أقام المدعي الشهود فلا يخلو إما أن يطعن الخصم أو لا فإن كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر
الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم
على بعض إلا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر
كفاية فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة فالجواب بأن السائل

بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لم يكتف بالظاهر احتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لان
الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول ويلزم الدور او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر هٰهنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق
وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وظاهر العدالة ان اندفع معارضة البينة
فكان دافعا وقوله الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن
الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك
وان كان الاول سالما عن الطعن بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب
بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل
عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة
وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الخلاف اختلاف عصر وزمان
لان ابا حنيفة رحمه الله كان في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك
ابو حنيفة رحمه الله لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان **قال** ثم التزكية في السر اعلم ان التزكية
على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها
الى امين الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلى بكسر الحاء وضمها جمع حلية
الانسان صنعته وما يرى منه من لون وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى من كان
عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا لئلا ينخدع
خدعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه
عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك
يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويرده المعدل الى الحاكم وينبغي ان
يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد بالخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي
عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره لان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كان التزكية بالعلانية وحدها
في عهد الصحابة لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتقي عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في
زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد رحمه الله انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل
لا بد للمعدل ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال المص
وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته والاسلام
وانما يسأل عن العدالة قال ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سأل ان يقبل قول
المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق قال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله لا تجوز تزكيته لكن عند محمد تضم تزكية اخرى الى تزكيته لان العدد شرط عنده ومن اذا كان
عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا او سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا تصح
التعديل لان العدالة تشترط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره

مبطل في امرهم فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه
فكان ينبغي ان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المص قال موضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم
اخطؤا او نسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان من الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد
الغير للتهمة والجواب انه لا اقرار فيه البتة لما علمه انه نسبهم في ذلك الى الخطاء والنسيان فلا يكون اقرارا **قال**
لا يمان رسول القاضي اذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجزي الا اثنان ذكر في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول
هٰهنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى
القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة والعدالة
بالتزكية فولاية القاضي تبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها ما يشترط فيها من العدد وغيره كما اشترط العدالة
وتشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة
الشهادة ومجلس القاضي فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على
خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة
لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت العدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا
يتعدى الى التزكية فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناه
من كل وجه لكن ليس كذلك بالاتفاق فيتعذر الالحاق والتعدية جميعا **قال** ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية
السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والولد للوالد وعكسه واما تزكية العلانية
فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وقد بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم
اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر
غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الاخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة
شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر واما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية

فصل لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما يثبت
الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات
كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو
الموجب بنفسه وهو الحاجة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب كناية
في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته لان الاحوال شروط ولذا موضوعة للشرط
واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه **قال** ويقول اشهد انه باع
اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع
الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز ان يشهد ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب

تفسير النغمة

لا يستدل لأن النغمة وهو الكلام الخفي تشبه النغمة وما يشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للأداء وقوله إلا إذا كان
استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه وشهد عند اثنين بأننا فلانة بنت فلان فإنه جاز له أن يشهد حينئذ وكذا
لو رأى شخص المقر حال الإقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لأنه حصل العلم في هذه الصورة
قال ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة
فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فإذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهد على شهادته
لأن الشهادة أي شهادة الأصول غير موجبة بنفسها لكن بالنقل إلى مجلس القضاء ولا يكون النقل إلا بالإنابة والتحميل وأما الأول فشاهد
الذي هو منه تحمل فإنه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمر الموكل والثاني إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فإنهما
لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الإمام فخر الإسلام إنما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فإن
الحكم يضاف إلى الفروع لكن تحملهم إنما يصح بنيابة ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل إلى المجلس
ليصير حجة فيتبين أن التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحمل وفيه مطالبة لأنا لم نزد بل
النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل يحتاج إلى بيان فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل لأنه لا ينتفع
بها إلا بذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا إذا سمع الشاهد من يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن
يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أي خط نفسه في صك ولم
يتذكر الحادثة أن يشهد لأن الخط يشبه الخط ولم يتبين لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول أبي حنيفة
رحمه الله بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت
السماع إلى وقت الأداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا بلا خلاف أي عدم حل الشهادة بالاتفاق وإنما
الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده ما ثبتته في قمطره أي خريطته وجاء المشهود له يطلب
الحكم ولم يحفظ الحاكم أو قضيته أي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فإن أبا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما
جوزاه لأن القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز
له الاعتماد عليه عند النسيان الذي لم يكن التحرز عنه فإذا كان في قمطره تحت خاتمه فالظاهر أنه لم يصل إليه
يد متغير والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف إذا
ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت فإنه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق
وقيل يحل عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قال ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم
أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي
فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة
من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب وذلك بالعلم أي المشاهدة فكأنه من باب الغلبة لأن
العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فإنه لا يجوز
للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص لو لم تقبل فيها

الشهادة

الشهادة بالتسامع لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم
وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون كالإرث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي
وكمال المهر والعدة وثبوت الإحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى إلى ذلك فهو باطل
بخلاف البيع لأنه مما يسمعه كل واحد فإن قيل هذا الاستحسان يخالف الكتاب فإن العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما يخبر
فيه أجاب بقوله وإنما يجوز للشاهد يعني لا عن أن لا علم فيما يخبر فيه فإنه إنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر
أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويثبت العدد فيمن يثق به شرط وهو أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان
ليحصل له نوع علم وهذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع
ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر وإذا ثبت الشهرة عنده بما يجب عليه لم يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة
على ما قالوا لأنها تحصل بأن علم شرعا لا توجب لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت بإخبار واحد أو واحدة فرقوا جميعا بين
الموت والأشياء الثلاثة أي النكاح والولادة وتقليد الإمام لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة أما النكاح فإنه لا ينعقد
إلا بشهادة اثنين والولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الإمام القضاء وأما الموت فإنه قلما يشاهده غير الواحد
إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة
بيان لكيفية الأداء وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب أشهد أن فلانا ابن فلان كما نشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا
أبي قحافة وابن الخطاب ولم نشاهد شيئا من ذلك فأما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لا يقبل كما أن معاينة اليد في الأملاك
يطلق الشهادة وإذا فسر بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده لا يقبل كذلك هذا ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه
الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل
منهما للآخر انبساط الأزواج حل له أن يشهد بأنها امرأته فإن سأله القاضي هل كنت حاضرا فإن قال لا لا يقبل شهادته لأنه تحل له
أن يشهد بالتسامع كما نشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لفعل الرؤية والحق قيل لا يقبل لأنه إنما
قال لم يعاين العقد بين للقاضي أنه يشهد به بالتسامع ولو قال أشهد لأني سمعت لا يقبل فكذا هذا ومن شهد أنه شهد
دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه ولو قال
لتشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به لأحكام مشهورة كما ذكرنا في عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله [illegible]
الاستثناء في الكتاب بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكره في الكتاب فلا في ظاهر الرواية محصورة وعن
أبي يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة
على النسب بالتسامع جائز ثم فكذا على الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم
والجواب أن ذلك وعن محمد رحمه الله إنما يقبل في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله أن الولاء
يبتنى على زوال الملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع
مقام المعاينة قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا يقبل بالإجماع وأما الوقف فنسب بعض المشايخ إلى أنها
لا تحل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه لأن
أصله هو الذي يشتهر [illegible] بأن تشهد أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك

في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة قال ومن كان في يده شيء رجل رأى عينا في يد آخر غير رقيق في يد غيره والاول يدعي عليه
الملك وسعه أن يشهد بأنه له المدعي لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فإن الإنسان وإن
عاين البيع وغيره من الأسباب لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع وملك البائع لا يعلم إلا باليد فأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا
يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع فإنها إذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن
يقع في قلبه أنه له لأن الأصل في الشهادة العلم بالنص وعند عدمه يصار إلى ما يشبهه بالغلبة قالوا ويحتمل أن يكون هذا أي
ما ذكر من شهادة القلب تفسير الإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فهو قول الكل وسعك أن تشهد أنه له يعني إذا وقع ذلك في القلب قيل
لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي إذا قيد الشاهد بأن اعتقاد العلم بمعاينة اليد وليس كذلك وأجيب بأنا
جعلنا العيان مجوزا للشاهد أن يقوم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا وأما أنه يلزم القاضي العمل به فلم قلتم به ولئن قلنا إن
الرجل الذي كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها فأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له
عند إنكار المشتري أن يكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف
وبه قال بعض مشايخنا منهم الخصاف لأن اليد متنوعة إنابة وملك فلا يفيد العلم إلا بانضمام التصرف إليها وأجيب بأن التصرف
كذلك وهو محتمل لمحتمل يزيد الإبهام فينبغي للعالم بهذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة العقلية لأنه إما أن عاين
الملك والمالك أو لم يعاينهما أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فإن كان الأول بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه
وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه حل له أن يشهد لأنه شهادة عن علم وإن كان الثاني وسمع من الناس
أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة وإن كان الثالث وهو أن عاين الملك
بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا يحل له الشهادة لأنها شهادة بالملك
للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لأن الملك معلوم
والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك إن كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان
اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع
في الأموال وهي باطلة وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى الملك ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب
قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت الملك والاعتبار للمتضمن وإن كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به قوله
وأما العبد والأمة يعني إن رأى الرجل الذي رأى عبدا أو أمة في يد شخص فلا يخلو إما أن عرف رقهما أو لا فإن كان الأول حل له أن
يشهد لهما ملك من هما في يده لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وإن كان الثاني فإما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن نفسهما أو كبيرين
فإن كان الأول فكذلك لأنه لا يد لهما على أنفسهما وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه فلا اعتبار بالحكم وهو الغاية مصرف الاستثناء
بقوله سوى العبد والأمة فإن اليد في ذلك لا تدل على الملك لأنهما في أيدي أنفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حكما حتى أن الصغير
الذي يعقل إذا أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع بحضرة ما يصنع بمملوكه واعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان للتعبير
عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في من يدعي رقهما وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر
وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد عليهما أيضا اعتبارا بالثياب وكذا روي
عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل لأن أي من ادعى عبدا أو أمة في يد غيره وخذ البدل يعني

الملك لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له فيقبل قوله كما في الثياب والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لأن لهما يدا على
أنفسهما يدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله أعلم بالصواب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع وقدم ذلك على هذا لأنه محال الشهادة
والمحال شروط والشروط متقدمة على المشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم
ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجيته بترجح جانب الصدق وبالتهمة لا يترجح والتهمة قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق
فإن من لا يرتدع عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا يرتدع عنه أيضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى في المشهود له
كقرابته فإنه متهم بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد وقد يكون بخلل في أداء التمييز كالعمى فإنه يفضي إلى تهمة الغلط
فيها وقد يكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم
الكاذبون قال ولا تقبل شهادة الأعمى يعني إذا كانت الشهادة في الحدود والقصاص ولا فإن كان الأول فليست بمقبولة
بالاتفاق وإن كان الثاني فإما أن يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت أو لا فإن كان الأول قبلت عند زفر وهو رواية
ابن شجاع عن أبي حنيفة وإن كان الثاني فإن كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله
وإن انتفى أحدهما لم يقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبي يوسف الإبصار عند التحمل وعندهما الشرط حتى لو عمي بعد الأداء قبل
القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلأنها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الأعمى تقام مقام المعاين
والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر رحمه الله فهو أن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل في سمعه
شهادته فيما يجري فيه التسامع لا يقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جوابه وأما وجه قول أبي يوسف
والشافعي رحمهما الله فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل وقد حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل مع تحمله والأداء
يختص بالقول ولا خلل في القول لأن لسانه غير مائف فكان المقتضي لصحة التحمل والأداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف
منتف لأن التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق
إذا ذكر نسبه ولا تحوج إلى الإشارة ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة
بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه أي في النغمة شبهة لأن الصوت يشبه الصوت ويمكن التحرز عنها بجنس
الشهود فإن في الشهود البصراء كثرة فهم غنية عن شهادة الأعمى والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة
على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل ولا إشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الأعمى وفي قوله يمكن التحرز
إشارة إلى الجواب عن الميت فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة النسبة مقام
الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته وإلى الجواب عما يقال قد اعتبر النغمة حجة للأعمى فيما هو أعظم خطرا من الأموال
وهو وطء جاريته وزوجته فإنه لا يميز بينهما وبين غيرهما إلا بالنغمة وذلك تناقض وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع
تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب
دون الحاضر وفيه إشارة أيضا إلى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير معين للتعريف وأما وجه قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله في منع القضاء بالعمى الطاري بعد الأداء فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورتها
حجة عنده ولهذا لما بطل بالعمى صار كما إذا خرس أو فسقا ثم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن أو ارتد بعد الأداء قبل القضاء

لا يقضي القاضي بشهادته والاصل الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من الاداء القضاء ومن الاشياء
ما يمنع الاداء بالاجماع فيمنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع
القضاء قوله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا بعد الاداء على حال الاهلية وقت القضاء شرط كما ان الشاهد اذا مات او غاب
قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده قوله وهذا لان الاهلية بالموت قد انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة
ما بطلت قال ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا
يكون له ولاية على غيره ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله
تعالى نص على التأبيد وهو لا يتأتى مع التنصيص عليه بنفي القبول في وقت ما قوله لم المحدودين في القذف
وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل
يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا ما هو من تمامه اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف حيث تقبل
في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك
ان رد الشهادة ان كان للفسق ارتفع بالتوبة فتقبل كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف
فانه من تمام الحد كما ذكرنا لا للفسق ثم التائب لنا التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا الا انه عن القبول
وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون
تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو
لا ينعطف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله وبالوالدين احسانا
قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر الفسق في الآخر وهو يؤكد الاخبار سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة
كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان ابلغ مجازا غير مرتبط وكلامنا فيه سلمناه لكن جعله مجازا
ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا اولى دفعا للمحذورات وتمام العلوم على هذا البحث نقيضه مطابقا
تقرير في تقرير ان في الاستدلال بالاستثناء قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك
على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله وقد ردت بذلك وهو في القذف كان رد شهادته
من تمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق
لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اصلا حال رقه فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ووطوب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب
فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف فانما جعلت الحجة لحصول اهلية الشهادة ولم يجعل
الزنى فيما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنى لم ينعقد موجبا في دار الحرب لانقطاع الولاية فلا يستقلب موجبا
والقذف موجب في حق القذف فيوجب الحد عند امكانه واعترض على كلام المص بانه اذا وقع في يقين حتى يكون قبل
الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق يرد الشهادة ايضا للاقامة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد فاما اذا قذف
الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال الاسلام لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت كما ذكره قبيل الاسلام فيقبل
والجواب ان فائدته تطبيق المسئلتين في عرض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المخرج الى الفرق وان الشهادة
لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا تنافيه قال ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد

ولا شهادة الولد لابويه واجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج
لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق
احد واجيب بانه ذكر على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام اخبر عن مواضع التهمة فذكر العبد مع السيد كانه قال لو قبلت شهادة
العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز
دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه تهمة قال المص عنى بالمراد بالاجير على ما قال
المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه قيل التلميذ الخاص الذي ياكل معه وفي عياله
وليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب المعاش
منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الواحد فيستوجب الاجر بمنافعه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه ولاداء
الشهادة من جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو استحسان تركه به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لحر لكل وجه اذ
ليس له فيما يشهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جازت شهادة الاستاذ له وهو دفع الزكاة فيه لكن
الاجماع المنعقد على قولنا من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان نفعه غير موقوف
ولكن الذي يؤجر نفسه من غيره في مدة الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولا تقبل شهادة احد الزوجين
للآخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في
ملك الآخر بغير اذنه ولهذا يقتص من احدهما للآخر ويحبس بدينه كما لو كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين
ولا اثر لما بينهما من التباسط في قبول شهادة احدهما للآخر لان نفعه للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه ان ذلك
ليس بمقصود بل يحصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كالغريم اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيها
نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد
لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطئ جارية ولده وقال ظننت انها تحل لي لا يحد
وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم
مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي رحمه الله ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو لا يملك
ولا يتصرف فيه بخلاف شهادة الزوج لزوجته فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في ما لها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس
حقه ياخذ لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال ولا شهادة المولى لعبده ولا تقبل
شهادة المولى لعبده لما روينا فلان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد
دين او لا فان كان الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يقضي العبد للغرماء وسببه دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان
قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما يملكه لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال
موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة يصير اجنبيا وان عجز يعود رقيقا فكانت شهادته لنفسه ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية ولو
شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين
فلا يقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكانت شهادته لنفسه من وجه

قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء
التهمة بتباين الاملاك ومنافعها فلا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من يعرف بالردي من الافعال اي التمكين من اللواطة
فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل على
الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ووصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة
التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية عندنا وهذا لفظ الكتاب وذكر فيها الوصية
للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المراة لان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه وكذا
لم تقبل ههنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غنا الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه
والمراد به كل من ادمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان
ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة
ولا يوجب الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات النساء
بصعوده سطحه ليطير طيره وذلك فسق فاما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من
البيت فانها تاتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعها ولا يعرفه فهي حمامة نفسه فيكون اكلا للحرام وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغني عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع الطنبور او لا وانما
لم يكتف عن ذكره بذكر المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يقيد كونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه لازالة
وحشة لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختيار المص وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة
واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة ومن المشايخ من
كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ
والحكمة واسم الغنا قد ينطلق على ذلك قال ولا من ياتي بابا من الكبائر اي بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق
وسقطت عدالته وهذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حد او قتل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبعة التي ذكرها
رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق
وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام
ولا من ياكل الربوا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد هذه الثلثة القمار او تفويت الصلوة بالاشتغال
به او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمص لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الوقوع وفي بعض النسخ النرد
والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرده لقوله عليه السلام ملعون
من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا والمجرد ان يكون افراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة
اشار الى ذلك بقوله لان للاجتهاد فيه مساغا فان مالكا والشافعي يقول بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون اكل الربوا
مشهورا بذلك لان الانسان قل ما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد
مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الافعال
المستحقرة وفي نسخة المحتقرة وفي اخرى المستقبحة وفي اخرى المستخفة وفي اخرى المستخفة كلها اسم المفعول سوى

المسخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل
وصحح صاحب المغرب منها الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا
يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة رضي الله عنهم اجمعين
لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله انه قال لا
اقبل شهادة من سب اصحاب رسول الله عليه السلام واقبل شهادة من تبرأ منهم وفرق بان اظهار السب سفه لا ياتي به الا
الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقده دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه
وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم
النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل
ثم كل واحد منهم يفترق اثني عشر فرقة وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق لان الفسق من حيث الاعتقاد
اشد منه من حيث التعاطي ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك التوقي
دينا فصار كحنفي شرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية
قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان
يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على
غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم فرد شهادتهم لانهم كفروا ان كانوا كما قيل اولا و
لتمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة
اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت
لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تعالى الكم ولا يتم
من شيخ فالعطف قرينة بين امرين بينهما مناسبة المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم
الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة
المرتد بجنسه وبخلاف جنسه ولنا ما روى ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر
بن عبد الله وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية الشهادة
على جنسه كالمسلمين كما تقبل المسلمون لهم اهلية الشهادة على جنسهم وعلى خلاف جنسهم دون الذمي فبطل القياس
فالجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا او عرض
بان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس برضى واجيب انه ليس برضى بالنسبة الى الشهادة علينا
او مطلقا والاول مسلم وليس بمقبول والثاني ممنوع اذ ليس ثمة ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق
من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قولهما انه فاسق وتقريره ان الفسق انواع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد
والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكافر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور
الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الايات مع علمهم

بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً وأجيب بأن المراد به الأخبار عن جحد رسول الله عليه السلام
المتواطئين على كتمان نعته ونبوته والشهادة لم تعهد منا ومن بعد صرح بأن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين وهم يعتقدون
على كون الكذب على هذا محظور الأديان ومحظور الأديان كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فإنه لا ولاية له
لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا يقبل شهادته
على المسلم وهو ما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه
ولأنه بالإضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الدروع وقد لاح لنا جواب آخر عن السؤال ولأنه يتقول
عليه جواب آخر وتقريره سلمنا أن علة قبول شهادته وهي الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم إياه
فإنه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فإنها وإن اختلفت فلا تغيظ لبعضهم على بعض في دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ
على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف أراد بالحربي المستأمن
وإنما قال ذلك لأن شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصورة لأنها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء
المصر في دار الإسلام لا يقال يجوز أن يدخل حربي دار الإسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لأنه مأخوذ يعلم قهراً
فيصير عبداً ولا شهادة للعبد أصلاً ولا عليه وإنما لم يقبل شهادة المستأمن على الذمي لأنه لا ولاية له على الذمي
لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا
في الفرائض وعلى هذا قوله وهو على حاله المستأمن أي لم يرجع إلى الإسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن
استظهار على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فإن لا
تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لأنه يكون على حاله أعلى منه لأنه التزم الأحكام وصار من أهل دارنا حتى يكون شهادة
المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكماً علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين إذا كانا
من دارين مختلفتين وحالا دارنا مستأمنين فصح ذلك إليه للغلبة في بعض الصور دون بعض تحكم والأول هو الظاهر
فإن قلت لم لا يجوز أن يكون علة القبول شهادة الذمي على المستأمن أجزاء لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه
لا يساعده فتأمل وهو منكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكماً على وجه لا يلزم ذلك
قال ويقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا في دارنا الخ أما أن يكونوا من دار واحدة أولا
فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض وإن كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية
كما مر ولهذا يمنع التوارث وقوله بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على
المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه أن الذمي من أهل دارنا وهو سواه ذلك فله الولاية العامة لشرفه فهنا كان
الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم لكنه تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن فيقبل شهادة الذمي عليه
ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من دارنا وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم
على بعض لأنهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأمنين قال وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ وإذا
كانت الحسنات أكثر من السيئات وذلك بعد أن يكون ممن يترك الفرض ويجتنب الكبائر والإصرار على الصغيرة
يعتبر غالب حاله في تعاطي الصغائر فإن كان اجتنابه عما هو محظور في الشرع أغلب من إلمامه بالصغائر جازت شهادته

ولا يقدح

ولا يقدح عن القدح بإلمام الصغائر لئلا يفضي إلى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لإحيائها وتقبل
شهادة الأقلف وهو من لم يختتن لأن الختان سنة عند علمائنا رحمهم الله وترك السنة لا يخل بالعدالة إلا إذا تركها
استخفافاً بالدين فإنه لا يبقى عدلاً بل مسلماً وأبو حنيفة لم يقدر له وقتاً معيناً إذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك
نص ولا إجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر وبعضهم اليوم السابع وما بعده أو بعده لما روي
أن الحسن والحسين ختنا اليوم السابع أو بعد السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو من نزع خصيته
لأن عمر قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضو منه ظلماً فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لأن فسق الأبوين لا
يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع من شهادة الابن فسقهما أولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لأنه يحب أن يكون
غيره كمثله وإلحاق زانية كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء قلنا الكلام في العدل ومن هو كذلك بعقله ليست تعادح
لأنه غير مولود بما لم يتحرث به سلمناه لكن لا يتعدى إلى العدل اختيار ذلك أو يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لأنه رجل أو
امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا يقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون
امرأة قال وشهادة العمال جائزة قال فخر الإسلام وعامة المشايخ معنى قوله في الجامع الصغير إنه كان يعني أبا
حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه والسوير
لأن نفس العمل ليس بفسق فإن أجلاء الصحابة كانوا عمالاً ولا نظر بهم فعلهم ما يقدح في العدالة إلا إذا كانوا
أعوان السلطان معينين على الظلم فإنه لا تقبل شهادتهم وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا
يجازف في كلامه تقبل شهادته لعلمنا بأنه إذا كان عوناً له على الظلم فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك
ويدل على ذلك تمثيله بما روي عن أبي يوسف في الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون
أنفسهم لأن من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون إيراد هذه المسألة رداً لقولهم لأن كسبهم أطيب الأكساب
قال النبي عليه السلام أفضل الناس من يأكل من كسب يده فإن في توجيه حجاجاً قال وإذا شهد الرجلان
أن أباهما أوصى إلى فلان إذا شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى رجل والوصي يدعيها أو شهدا على
الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فالجواب
أما أن يكون الموت معروفاً والوصي راضياً أو لم يكن فإن كان الثاني لم تجز في القياس والاستحسان وفي الرابعة
فإن ظهر الموت لم يشترط كما سنذكره وإن كان الأول جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز لأنها شهادة متهم لعود
المنفعة إليهم بنصب من يقوم بإحياء حقوقهم أو فراغ ذمته والشهادة بتهمة مردودة وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة
حقيقة لأنها ما يوجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي إذا رضي الوصي
والموت معروف حفظاً لأموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحيته ونصبه وأهليته وسواء
بشهادتهم الكفو مؤنة التعيين لم يثبتوا بها شيئاً فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة
تعيين القاضي فإن قيل للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بأن الوصيين
إذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف فيعتبر اعتقادهما

فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت لانه ليس لهم نصب الوصي اذ ذاك وكانت هي الموجبة الا
في الغريمين لان عليهما دينا فانها يقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما اعترافا
وان شهدا ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم يقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لانه ليس
القاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو اما ان يكون على ما يدخل تحت حكم الحاكم او لا
والثاني هو المجرد بجرح عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني وذلك ان تستمع كتابا فاذا شهد شهود المدعي على
الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المجرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلوا الربا فالقاضي لا يسمعها
واستدل المص بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لانه يمكن المقضي عليه رفعه بالتوبة فيرفع
الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المجرد هتك الستر وهو اظهار
للفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واحب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم
فان قيل الامر بالمعروف ليس في العلانية فيسمع منه الجرح المجرد اجيب بان من شرط ذلك في زماننا حسبما
يقول والاعلم من حال الشهود او يعلم القاضي بذلك سرا اذا ساله القاضي تفاديا عن التعادي واحترازا عن اظهار الفاحشة
وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك ولانه كان عن سماع تعين لجوز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم
بعلمه ايضا قوله الا اذا شهدوا استثناء عن قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعي عليه على المدعي انه
اقر ان شهوده فسقة فانها يقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوا عن غيرهم وهو
المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا ان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وهو
الاستئجار ليس بجرح لاعن ذلك لانه حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم والخصم فيه يكون
اجنبيا عنه حتى لو اقام البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي
كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فيدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه ولذا اذا اقامها
على انه صالح الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال
لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل لي وما قلنا
انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او حقوق الشرع وليس لي ذكر في المتن وقيل لما قلنا ان
الدليل في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا اسهل والمعنى اذا اقام المدعي عليه
البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات
حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثر في سلب
الولاية وهو حق الله وهو موضع اصول العقد واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو بطلان
شهادته وهو حق الله تعالى وكذلك حد الشرب وحد الزنا والسرقة فان قيل في هذه الشهادة
اظهار الفاحشة كما نحن فيه فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه الضرورة جاز لقوله عليه السلام
اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لانا مع الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود

منها

بذلك ع

الا فاده ع

غير

غير منصفة عن المدعي عليه لانها يندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على
ذلك اعتبار ان احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحق وهو مقبول وعلى هذا تعدم
التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه قال
ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره
او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي ذكره او ثبت ما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام
عنه وعاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغيير
من الخصم او لا فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قال في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره
وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر
اسم المدعي والمدعى عليه والاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وانما ترك لفظة
الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظة اشهد والمشروط لا يتحقق بدون
الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا
قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه
فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي وبه اخذ عند الحنيفية لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون
باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المص رحمه الله
ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح
عن المجلس وهو عدل واما اذا قال بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بحطام الدنيا
والنقصان من المدعي عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل اخر على ذلك وفيه اشارة
الى ما قال شمس الائمة فانه الحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في
الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس فحوى الشهود اذا وقع الغلط في بعض الحدود فذكر الشرقي
مكان الغربي او بالعكس وفي بعض النسخ كما ذكر محمد انا حمد بن عمر بن محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح
عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان الفرض عدالته
ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا لان تعيين ما فيه شبهة التغرير في المجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض
الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة اذا وافقت
الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص
عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة
فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة
ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زق
واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه من ... او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه

في

ملكه وشهدوا انه ملك ولدا وادعى انه عبد وولدته الجارية الفلانية وشهدوا بولادة عبده لم تكن الشهادة موافقة
للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعي عليه غريمي منا والشاهد يقول اشهد
بذلك ولم ترد النص عن ابي حنيفة على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت
فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها اما ان تقدمها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها
ولا خصومة الا بالدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يوهم التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود
ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين
احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم
وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون
كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك
فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني
بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي يوسف ومحمد ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب
الشهود عملا بالاصل قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة الموافقة بين
الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى
او من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بالاتفاق واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع
بالاتفاق ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول
البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة وجوزاه فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل
على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث
لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به
احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيجيء ولابي حنيفة انهما
اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة
هي عليها بالضرورة وقد ثبت في التنبيه ان الالف لا يعبر به عن الالفين حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف
كذلك فكان كل واحد منهما كلاما مباينا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار
اختلافهما كاختلافهما في جنس المال شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى العين
وشهدا بالغصب قبلت بالاتفاق وعدم الموافقة بين الدعوى والشهادة كعدمها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة
عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حيث يشترط بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا
بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل وكذا لو قال تقدم في تلقين
الشاهد انه كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد شاهد بالف فالقاضي
يقول يحتمل انه ابرأ عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك وتوقف في شهادته كما وقف القاضي انه لا يحتاج الى التوفيق
بين هذه المسئلة وما نقلت عن المبسوط ما ترى عن التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل في المبسوط

على

على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء او الايفاء ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت
واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت
فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء قال واذا شهد احدهما
بالف والآخر بالف وخمسمائة وقد علمت ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول فاذا شهد احدهما بالف والآخر
بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة
ونصف وبمائة ومائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف
فصار مباينا كالالف والالفين وهذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن لي الا الالف فشهادة
من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا
في البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما يقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب بان
تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليس بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار
وقوله وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن لي الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضي له بشيء
لان التكذيب ظاهر فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى
هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم
مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا يخلو عن ثلثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او سكت
عن التصديق والتوفيق او يوفق وحكم الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر قال واذا شهدا
بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما
بالالف لاتفاقهما عليها ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء
متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعي عليه الف بل خمسمائة اعترض اجيب بان قضاء الدين انما
هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين فكان الدين الذي هو عليه فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي
بقبض ما هو غيره بشهادته ولا يكون تناقضا فلم يتعين متناقضا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء
مضمون شهادته ان الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفي
ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف والالفين ان محمدا خالفه هنا لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقعت
ابتداء وهنا ليس كذلك ولهذا قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة
وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه تفسيق فكيف يقضي بشهادته ويجاب بسياق قوله وينبغي
للشاهد يعني الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة
كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما
انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع وما ذكرنا
قبلها ان في مسئلة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبله شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا

انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهده القضاء وهو تفسيق له قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو
الغرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص عن
قبل ان يشهد له فاكذبهم وحاصله ان الاكذاب المانع هو اكذاب المدعي لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا واما الاكذاب الذي ترتب عليه ليس
بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه **قال** وإذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وقد
ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فلو شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران
بقتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذبة بيقين لان الغرض ان الواحد في
القتل لا يمكن ان تكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى
لم يقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بما ليست مثلها **قال** وإذا شهدا على رجل انه
سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فلو شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع
سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة وهو الاصح وقيل ان كانا
متشابهين قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة
السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب
والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هنا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اي قول
الراوي وصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون
السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان تكون بلقاء احد جانبيها اسود يبصره
احدهما والآخر ابيض يبصره الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد
وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته
والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يندرئ
بها والجواب عن الاول ان ذلك ليس احتيالا لاثباته لانه لو كان في اختلاف كلفا نقله وهو من صلب الشهادة
كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به اولا واما اذا كان في اختلاف لم يكلفا نقله كلون
ثياب السارق واشباهه فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا ترى انهما لو سكتا
عن بيان لون البقرة كما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم
بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان لينقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في
صلب الشهادة وعن الثاني بانه [illegible] اعتبار امكان التوفيق او يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما
كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه شيئا والله اعلم بالصواب قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة
الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله الذكورة والانوثة جواب عما استشهد
به من الخلاف بهما بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق
قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف • رجل ادعى على آخر انه باع منه العبد بالف
وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به يختلف

اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة فاختلاف
المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة
اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على انه بثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده
ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب
فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن الفا وادعا الفا في الثمن ثم عرف بالحط عما دون الآخر اجيب بان السيد
الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهد بجنسين كالف درهم ومائة دينار وجه ما
في الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة تتصفين بالشراء واما اذا اشترى بالف
ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا ياخذ الشفيع باصل الثمن قوله هذا لان المدعي يكذب احد شاهديه
دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود
هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان المدعي العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان
هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول فلانه قال
العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده
البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ
والجواب عن الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة
او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصود
وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان يختار الفسخ ويخاصم لاداء البدل
وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون
العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من
جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة
والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين
فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة انه يقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الاقل لا يقبل عنده
خلافا لهما [illegible] قال المالكي يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه يثبت العفو والعتق
والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان الراهن لا يقبل لعدم الدعوى الا ان يكون
له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين
يقضي بالاقل اجماعا قيل عقد الرهن بالف غير عقده بالف وخمسمائة فيجب ان لا يقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن
لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء
فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فيقبل البينة كما في سائر الديون
ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان تكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها
فان كان الاول لا يقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني

فاما ان يكون المدعي هو الآجر او المستاجر فان كان الآجر فهو دعوى الدين يقضي باقل المالين اذا ادعى الاكثر وان
المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على آخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف
والآخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما
كما تقدم وان كان المستاجر وقال في النهاية ان كان ذلك عند فاستعمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى
اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالآجر لا ياخذ منه
بيّنته سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان المدعي المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع يعني في
الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيو خذ المستاجر باعترافه **قال** فاما النكاح
فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة تقبلت
بالف وخمسمائة عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في
الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد
والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية
ويملك التصرف في النكاح من اعلى التصرف في المال كالعقد والبيع والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف
في الاصل فكان ثابتا قوله والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقرير الاصل في النكاح الحل والازدواج
والملك لان شرعيته لذلك ولا قدرة له لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه
ولا اختلاف للشاهدين فيما فيثبت الاصل لكن يقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما
عليه واعترض عليه بانه فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس مقصودا وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب
التكذيب في الاصل وفيه نظر فانه مراد المعترض ان بطلان الاصل بل بطلان التبع وهي كلامه ان يبطل
المال المذكور في الدعوى ويلزمه المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن
مقصودا كان كالبيع والاختلاف بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم في التشكيك بعينه غير مستوى
قال المص ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو ويدلا له يستوي وقوله في الصحيح
احتراز عما قال بعضهم انهما كالدين وحب ان يكون في دعوى باكثر المالين كما في الدين والبه ذهب شمس الائمة
السرخسي ووجهه ما في الكتاب ان المنظور اليه هو العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بنفسه
في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود على ما تقدم وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة
هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج
فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف عنده وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني فيما اذا كانت
المراة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد وتقول المراة لا تدعي
ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على حقيقة انه هل يوجب خللا في نفس العقد ولا قال ابو حنيفة
لا يوجب ذلك وقالا يوجب وقد ذكر المص دليلهما والاشارة بقوله والوجه ما ذكرناه **فصل في الشهادة**
على الارث ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم

وقع

ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي
له مات وتركه ميراثا له ولا قال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث
ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك
شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل
للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا انه
يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده عند الموت لان الايدي عند
الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان بين
من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله انها في يده ملكه فيجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد يكون اليد
يد امانة ولا ضمان فيها لينقلب يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين انها وديعة
فلان لانه ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فان اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او
اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه
لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير
والمودع وان اقام انها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا ان انقلاب الايدي عند الموت يصيرها كانه
اقامها على انها كانت ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم يقبل عندهما لعدم
الجر وقيام غيره ويقبل عند ابي يوسف بشهادتهم على ملك المورث قوله وان قال الرجل حي مسئلة اتى بها استطرادا
انه هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل وادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده
لم تقبل عند ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هنا فصار كما
لو شهدوا ان المدعى عليه اخذ منه المدعي فانها تقبل ويرد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت
بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فهي زائلة بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول
متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء
باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد
ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر بالاحتمال والعيان وله نظير كما قال ابن الحسن
عن رسول الله ليس الخبر كالمعاينة قوله وان اقر المدعى عليه بذلك يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت اليه لان الجهالة
في المقر به لا يمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان انه اقر المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا يمنع
صحة الاقرار وكذا لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم
فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان **باب الشهادة على الشهادة**
الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان
الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم اختياره والنيابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم
استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم يجز

لا دي الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وتكررت اعني الشهادة على الشهادة على الشهادات على الشهادة وان بعدت الاداة
فيها شبهة كما فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهو كذلك واعترض بانه لو كان
فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جواز الجمع بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل والآخران
على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول
والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه فما بين تغاير المدعي واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة
الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع
الرجال وقوله ومن حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها
زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة تكذيبهم
مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان ينبعوا في غيرة الاصول عن اشهادهم حتى ان يعذر اقامة بعض قام بها الباقون
فلا يسلك في الحدود والقصاص قوله وتجوز شهادة شاهدين اي تجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من
الاصليين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر
فذلك اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم
حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد
الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان وعلى ان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول
علي رضي الله عنه ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة
الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل
واحد على واحد خلافا لمالك لان الفرع قايم مقام الاصل فيعبر عنه بمنزلة رسول له في ايصال شهادته الى مجلس القاضي
فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي
ومقتضاه الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار **قال**
وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود للفروع شرع في بيان
كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل
والتوكيل على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما ان الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد
ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد
الاصل الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدني
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حلت له الشهادة وان لم يقل له اشهد **قال** ويقول شاهد الفرع عند
بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل
وذكر التحميل والعبارة المذكورة تجمع ذلك كله فهو اوسط العبارات وفيها اي لشهادة الفروع عند الاداء لفظ

اطول منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته
وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر
منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه
ابي الليث واستاذه ابي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته
حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول
والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول او الفروع وذلك انما
يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر واما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على
نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم ليصير
الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم ينقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المص مضطرب لانه
جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك
يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع
الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل ثم ان الفرع
لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة
على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته ووجوب
الشهادة مستحق على الاصيل يجب عليه اقامتها ولم يمكنها لما متى وجد الطلب ممن له الحق كان له ان يوكل غيره
وعليه ان اذا تبرع انسان بقضاء دين عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار معنى الوجوب لا يشترط الامر
لصحتها وغيره فيها مضرة من حيث انها حجة في بطلان ولاية تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته
بدون امره مضرة فخفة فباعتبار معنى الاستشراط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها
اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه ومن كلام حسن يسد الخلل واما عبارة المشايخ فهي
مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب فقد تعرضنا لها في بيان البحث كلام في اول الشهادات بوجه مفيد والله اعلم
قال ولا تقبل شهادة شهود الفروع قد تقدم ان حجية الشهادة على الشهادة مشروطة بالحاجة فلا بد من ان
يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحكم
لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر
بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة
وحرمة خروج المرأة بلا محرم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع
ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قال في الاولى التقدير بثلثة ايام احسن
لان المعجز شرعا يتحقق به كما في ساير الاحكام التي عددناها فكان موافقا للحكم الشرعي فكان احسن والثاني ارفق
وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ ويروى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم
ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم وان غيب شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرع اذا

شهدا على شهادة اصليين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسال عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسال عن الفروع وان عرف الفروع يسال عن الاصول فان عدل الفروع الاصول يثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية ما في الباب ان في التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول ان الشاهد لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار اليه رحه بقوله غاية الامر ان غاية ما يرد فيه من الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جاز بشهادتهم ويكون ينظر القاضي في حال الاصول بان يسال من غير الفروع عند ابي يوسف وقال محمد لا يقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد اقاموا ما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا فقيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسال عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم يقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع **قال** واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامراة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري بعدما انكر ان تكون الحدود في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اذا شهدا ان القاضي شهد عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا قاض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ورفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لكن الاشارة اليه الفقنا لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تقبل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غيرهما بسبب اخذ العدد وشانهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام

فقالا
فجاء
قاض
ينفرد

العدد

العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي الخاصة دونها قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الستة اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال غيره ثم الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل يجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لابد منه ولا يحصل بالنسبة الى العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فلم يكون بينهم نساء يتحد اساميهن واسامي آبائهن ويحصل النسبة الى الفخذ لانه خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فينزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو الصواب

فصل قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق لا اعزره وهو الذي قر على نفسه انه يشهد بالزور او يشهد بقتل رجل فجاء حيا يعزره وتشهيره تعزيره عند ابي حنيفة فقوله ولا اعزره يعني لا اضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روي عن عمر انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولان هذا اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة عن النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلنا ليته سكت وتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيها حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي والصحابة متوفرون وكان لا يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفي به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا عن الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع لحقوق فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي عنه قال عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم فانه ما اول بل شيء الآية واوله شريح الا بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير منقول عن شريح انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير مقدر مفوض الى راي القاضي ولم يذكر المص رح الاختلاف فيما كان تائبا او مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل يقبل شهادته بعد ذلك اولا ان كان فاسقا يقبل

لان الحامل على الزور فسقه وقد زال بالتوبة وقدر ظهور التوبة عند المشايخ ستة اشهر وعند بعضهم سنة وقالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا يقبل اصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروي ابو جعفر عنه انه تقبل قالوا وعليه الفتوى قال في الجامع الصغير وذكر ان فائدة ذكره وانما يعرف شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي يشهد بقتل شخص وظهر حيا او بموته وكان حيا اما الاول فلانه متهم واما الثاني فلانه لا تمحيص له ان يقول كذبت وظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت ومعناه كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادة

يناسب هذا الكتاب بكتاب الشهادات وتاخيره من فصل شهادة الزور ظاهر لان الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو لما يعلم به كونها زورا وهو مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع فرجوعهما اضاع كما تبين للشهادة ولا ضمان على غير بكلمهما وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينتقض به حكم الحاكم ولئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى ثم ليس للبعض على البعض ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات التشريع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه ولا ترجيح فيه الى الترجيح وقد يرجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعدى بانتصاف الحكم اليه كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فلا الضمان اجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار وقد عرف بتقرير من فعل واكتفى عن ذكر التقرير في الفصل بذكره في الفصل المتقدم

قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا لان الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا يتعين رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة تمام والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها او يثبت في ضمنه فكان من توابعه ان قال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ويجوز ان يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء ومن رجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ ولان

الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال قبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل عن المضاف اليه وهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى ح ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتامل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما ياتي بعد من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا للاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذر لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير يفسق ولكن الالجاء حقيقة لان الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك والاثم في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماض فتعين فاعتبر التسبيب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك اصله في الشهود في الشهادة بالقتل عند الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وجعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او صار شبهة كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا اما ورد عن علي في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما ولا نحو انه كان على سبيل التهديد بما ثبت من مذهبه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه لو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولا يبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنهما قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهدين بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف والاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها وليس لاشتغال فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه ما اخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكه قبل القبض ينتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان ذلك عن ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي

عن ابن عمر ان ذلك باطل وان المال في يدي ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا مما اخرجه المال من يده بقضاء القاضي
قال — واذا رجع احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق
في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد وهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من اثنين يضاف
القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى
هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل الا ان ذلك فان الباقي فرد
لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات
ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا
شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي بالشهود باق بالحجة التامة
والاستحقاق بالتلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف
عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان يمنعه بطريق الاولى
لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف الحق وقيل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا
لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر
الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم
جميعا ثم اذا رجع الاول لم يظهر لاحتمال ان يكون غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما او
لان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو
بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامراتان
فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق
بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى
كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء
جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء
النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعين للقيام بنصف
الحجة فلا يتغير الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل
امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة
رجل واحد واذا كانت الرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر لانا
تمام انه لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل ولكن انه اطلق ولم يقيد بذلك في الابتداء او ...
فكان الاطلاق لكلمة كل وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر
هو بقاء من بقي وقد بقي من يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة
لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت بشيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا
يضمن عند الرجوع شيئا قال — وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على المرأة بالنكاح

فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بعقد او مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع
البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة
قوله وانما تقوم جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة لما كانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في
الملك فصورة التقوم في احدى الحالتين يقتضيها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه
ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود
في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عند التملك ما ليس بمشروط عند الازالة كالشهود والولي وموضعه
اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده وكذلك ان شهدا على رجل انه تزوج
امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض
كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف
بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا
باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان قال — وان شهدا
ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عينا بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف
بعوض كلا اتلاف وان كانت قيمة العين الفين ضمنا للبايع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من غير
بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع لان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البايع
بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة ونفذ البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن
لانهما اتلفا الزيادة بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبايع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه
بفسخ البيع في المدة حيث لم يفعل كان راضيا بسقوط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو
البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبايع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم
الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه
باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما
اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد ومطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا ترى ان المحرم
اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط
بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب
سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما
فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى المالك
غير نقص فيه شبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه
بغير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي
ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء
ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمتقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار

لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك **قال** وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا أي إذا شهدا على رجل بالقصاص
فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل تسبيبًا فأشبه
المكره أي فأشبه التسبيب ههنا وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل أو فأشبه القاضي المكره لأنه كالملجأ بشهادتهما حتى
لو لم يقض بعد الوجوب يكفر إن كان اسم مفعول وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل وقوله
بل أولى أي التسبيب ههنا أولى من الإكراه لأن التسبيب موجب من حيث الإفضاء والإفضاء ههنا أكثر لأن المكره
يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر إفضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب
فمن الشاهد أولى ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لأنه لم يختلف فيه وإنما ذكره ليس
لتعلق ما بعده فيه لأنه لا يكون إلا بالإلجاء إلى المباشر للقتل وهو الولي ثم لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف
بعيد ولأن التسبيب إلى الشيء هو ما يفضي إليه غالبًا وما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه قال الله
وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكره فإن الإكراه يفضي إلى القتل غالبًا لأن المكره يؤثر حياته ظاهرًا ولقائل
أن يقول لا نسلم أنه يؤثر حياته لما أن ذلك يكون شرعًا وطبعًا والأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو
عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرًا ولئن سلمنا أنه تسبيب لكن
الفعل الاختياري يعني سلمنا أنه تسبيبًا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبته ذلك الفعل إلى غيره والفعل ههنا
وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فيقطع نسبته إلى الشهود سلمنا أنه لا يقطع نسبته إلى الشهود لكن لا
أقل أن يورث شبهة تندرئ بها القصاص فإن قيل لو أورث شبهة لاندفع الدية أيضًا لأنه بدل القصاص
أجاب بقوله بخلاف المال لأنه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تقدم بيان
الدليل المجيب عن صورة الإكراه فإنه لم يتخلل بين المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لأن اختياره فاسد
واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره
وتوضيحه لحصول النفقة ثم رجع أحدهما فعليه نصف الدية فإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيًا فلولي المقتول
الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكمًا والإتلاف الحكمي في حكم الضمان
كالحقيقي فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لأنه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا
على الولي في قول أبي حنيفة خلافًا لهما فإنهما قالا كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا الإتلاف المشهود عليه حكمًا والمتلف
لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه أبي الليث لا تصنيف
علاء الدين العالم رحمهما الله **قال** وإذا رجع شهود الفروع أي إذا رجع شهود الفروع ضمنوا بالاتفاق لأن الشهادة
في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافًا إليهم ولو رجع الأصول فإما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا أو يقولوا
أشهدناهم وغلطنا أو رجعنا عن ذلك فإن كان الأول فلا ضمان على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإتلاف وهو الإشهاد
على شهادتهما ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا
وإن كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ضمنوا لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي
يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون

سببًا

سببًا للإتلاف ولهذا الفرع قاما مقام الأصليين في نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الأصليين
ولهذا يعتبر عدالتهما فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الأصول
والفروع جميعًا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما أن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين
الأصول والفروع عملًا بالدليلين وذلك لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله
وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره محمد رحمه الله والعمل بهما أولى من إهمال أحدهما فإن قيل فلم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن
كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله والجهتان متغايرتان لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على
شهادة الأصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد
عن غيره وتأخيره دليل محمد في المسألتين يدل على اختيار المصنف قول محمد وإن قال شهود الفروع كذب شهود الأصول أو غلطوا
في شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم ولا يبطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لأنهم لم يرجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا
على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئًا **قال** وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا إذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود
عليه ثم ظهر الشهود عبيدًا أو كفارًا فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم
يتبين كذبهم فيما أخبروا من قول الكل بهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لأنه لم يتبين كذبهم ولا تقبل شهادتهم لأن الشهادة
للعبيد وللكفار على المسلمين والدية في بيت المال وإن رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا
لهما لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه الزنا وما تعرضوا له وإنما أثنوا على الشهود خيرًا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود
الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث الثبوت
وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة وإنما هي سبب أضيف إليه الحكم لتعذر الإضافة
إلى العلة بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة وشهود الإحصان ما جعلوا
غير الموجب موجبًا **قال** وإذا شهد شاهدان باليمين أي إذا شهدا على رجل أنه قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو قال
ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران بالدخول ثم رجعوا جميعًا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة احتراز عن
قول زفر فإنه يقول الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض
لأن السبب إذا صلح للإضافة الحكم إليه لا يضاف إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي فإن الضمان عليه دون الحافر قوله ألا يرى توضيح
للإضافة إلى السبب دون الشرط فإن القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم
اختلف المشايخ فيه ومال شمس الأئمة السرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما إذا كان اليمين ثابتة بإقرار
المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لأن العلة لا يصلح لإضافة الحكم إليها ههنا فإنها ليست بتعد فيضاف
إلى الشرط خلفاء العلة وقيده بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في
الزيادات لأن قولهم أنت حر مباشرة لإتلاف المالية وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان
بطريق التعدي أو لا بخلاف مسألة الحفر فإن العلة ثمة ثقل الماشي وليس بصالح لمباشرة الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف
مضافًا إلى الشرط قوله ومعنى المسألة يريد به صورة المسألة وقد قدمنا ما في فصل البحث

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لأن الإنسان خلق مدنيًا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد وتعاوض والشهادة من التعاضد

والوكالة مشروعة وقد يكون فيها التعاوض فصارت كالمركب من المفردات فأخرتها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل
وكله بكذا إذا فوض إليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر أي مفوض
إليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو
قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة والحجة المذكورة والسنة وهو ما روي أنه وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية
وبالإجماع فإن الأمة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور
بتعاطيها وركنها لفظ وكلت وأشباهه وهي ما روي عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي
هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الأحكام
كما سنذكر وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل
ما فوض إليه قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه هذه ضابطة تبتني عليها جواز التوكيل بما لا
يجوز فإن مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج إلى التوكيل وقد صح أن النبي عليه السلام وكل بشراء
الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة بتزويجها إياه عليه السلام واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة
ومنعكسة أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه وإذا وكل غيره لم
يؤذن له في ذلك لم يجز والذمي كذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها وأما الثاني فإن المسلم لا يجوز
له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة والجواب عن الأول أن محل العقد من شروطه فكون
المحل شروطا كما عرف وليس موجودة في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف
في ملك الغير باطل وهذا بتعزير للنقض لا دافع وبأن التوكيل بالشراء جائز وما ذكر موجود فيه والجواب أنه يعتبر التحقق
مانع وتعيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم وإن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض
الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال بل محله المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذلك محل التوكيل بإيفاء القرض لا
بالاستقراض والذي يعقد الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل لم
يمنع توكيل المسلم عنه ولئن كان منافي ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقتراب
منها وعن الثاني أن العكس غير لازم ولئن نقض ذلك معترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو
جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي ترجى في الجنس لا في الأفراد ويجوز
أن يعلل ذكر الخاص وأريد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع ومع يكون المناط هو الحاجة
وقد يوجد بلا عجز قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا
بإيفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح أن
عليا وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعد ما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر وأما بإيفائها واستيفائها
فلأنه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز
لأن الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى
القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لأن الحدود لا يعفى

عنها

عنها وتوضيحه أن القصاص يندرئ بالشبهات وهي موجودة لأن شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفى
ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي فإنه يقول خالص حق
العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا يندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشهود
يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لأن الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع إذ الأصل هو
الصدق لا سيما في العدول ولو بخلاف ما إذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة أي شبهة العفو فإنه في حضوره
فإن قيل إذا كان الموكل حاضرا لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن
الاستيفاء يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا
ينسد باب الاستيفاء بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص فإنه قال
ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها فبقي
الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف إذا كان الموكل
غائبا أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره لأبي يوسف أن التوكيل إنابة والإنابة فيها شبهة
لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولأبي حنيفة أن الخصومة شرط
محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق فيجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل
كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على
الشهادة لأنها في الشرط لا يصلح مانعا لعدم تعلق الوجوب والظهور والوجود بها إلا في الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود
بخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما
عليه وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا يمنع الدفع ألا يرى أن الشهادة على
الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة وكذا لو أن الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله
لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان
ما فيه من شبهة عدم الغرية قال قال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز
التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بها إلا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى
عليه إلا بالمرض أو السفر وقالا يجوز التوكيل بها بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي فالكل متفق على الجواز وإنما الاختلاف
في اللزوم ومعناه أنه إذا وكل بغير رضاه هل يرتد برده أولا فعند أبي حنيفة يرتد خلافا لهما فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل
بالخصومة إلا برضى الخصم مجازا لقوله لا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم كأن الجواز لازم اللزوم وفي ذلك في أصول الفقه
سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز وإنما هو حقيقة لأن قوله لا يجوز التوكيل إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم
بل إن رضي به الخصم صح وإلا فلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازا لهما أن التوكيل تصرف في
خالص حقه لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف
على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي أي بقبض الديون وإيفائها ولأبي حنيفة أن الجواب مستحق

خلاف

علي الخصم ولهذا يستحضر في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له فلما خلص له لم يكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره ومسائل كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانما يتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لما كان فيه ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض يعني بخلاف ما اذا كان المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الخصم يتخير حتى يجيء عليهما فكان خالص حقه فينبغي ان يجوز باعتبار توقيه الضرر اللاحق بالمريض والمسافر ان ابيح له التاخير وبالموت ان شهر الاولى يتفاوت بالجواب فيحمل الاسهل والمريض مانع عن الحضور وهو ممنوع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وذكر في المبسوط قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم لا يجوز توكيله وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها قال الامام وهذا شيء استحسنه المتأخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها والبكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذر المذكور وعندهما كذلك يجوز وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب والحامل

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا التعيين وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي حنيفة فشرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان من تبعيضية من جنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لا يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا يلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لامكان وجود المانع وهو فوت رأيه قوله لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل به والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته وليس الوكيل لنفسه صحيح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان ذلك يثبت بطريق الخلافة عن الوكيل عن تصرف غيره بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا تنافي في صلاحية ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه احكامه واما اشتراط الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل مالكا له او لا لعارض عرض في بعض ذلك لا فرقا لما

علي

على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن الفاحش والغبن اليسير وهو احتراز عن الصبي الذي لا يعقل والمجنون ويقصد به ان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد عليه نصف العشر في المتاع والعشر في الحيوان والخمس في العقار وما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه الا الحذاق بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز وهم جوز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة على ما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه يعقل العقد ونحو ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده وتعالم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمته العهدة لان المانع قد ارتفع وهو حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم يلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن فيه تفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمته العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يطالب على الآمر بمطالبة البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يعتد به الملك للضامن في المشتري ولم يسلم كذلك انما هو التزام ما في الذمة مستوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون لا يلزمه ضمان الكفالة ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان عن ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كالمشتري لنفسه ثم بائع منه والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ محجور وقد ادى بمحجور ويثبت له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب تتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبر بالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في باب البيع حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا اهلا للايجاب والاستيجاب كان العقد الواقع منه وحكم سوى اما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والتوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر وقال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي رحمه الله الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة انه يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا

حكمه للوكيل فكان قائماً مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس والشيخ جماعة من اصحابنا
وقال شمس الائمة قول ابي طاهر اصح وقال المص هو الصحيح قال وقيل عن ابي طاهر كقول الكرخي فكيف يصح حكاية عنه
مع النزاع قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له
خلافة وذلك ينافي اصالته وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل وعملهما
ولو توجيه ولم يلغ اعمالها مهما امكن فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته لم يسلم بطل
التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص بقوله اعتبارا
للتوكيل السابق فبقيت الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم بعد ما انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة
ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت
للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل واثمار الخلاف في ان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او
قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان كذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا
في الزيادات فيمن تزوج امة ثم اشترى على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج
لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر بل ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله
عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق
فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر
الشهيد هذا احسن قال المص في مسئلة العيب تفصيل نذكره وان اريد به ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا
اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه
وكل عقد يضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فان الحقوق يتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل
فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول عبارته
عبارة المرسل فكان العقد صادرا منه ومضافا اليه فرجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المص وهذا لان الحكم
فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه يعني ان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ولا حاجة لاسقاط في غير النكاح ظاهر
واما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع
ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت
حكمه لغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن
السبب والجواب ما قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل اولا ويثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وبقي
الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتاخير بشرط الخيار ولا بغيره
لكونها للاسقاط فاما ان يجعل الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وبناء
الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله كان سفيرا ولله دره على فضله وتنبهه للطائف الاعتبارات
جزاه الله عن الطلبة خيرا قال والضرب الثاني من اخواته اي من اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة

والصلح

والصلح عن الانكار فيضيفه الى موكله والحقوق يرجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو
الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان
او يتصدق به او يرهنه او يعيره او يودعه متاعه او يقبض منه فقبض الوكيل وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه
مثل ان يقول هب عبد موكلي او منه فليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية ولا يسترد الرهن
ممن عليه قال المص لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي
محلا مملوكا للغير فيقوله فلا يجعل اصيلا فيقتضاه اصيلا في الحكم ولما كان الكلام فيه ربما يدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا
مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا من المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وجرى فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت
الى الموكل بجعل العبارة سفارة فيما احتاج الى القبض وهي لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وهي
التوكيل بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق يرجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا
اشكال واما اذا قبض الوكيل فالوجوب ان يثبت الحكم للموكل ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويرجع بانه
لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة
كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل
من جانب الملتمس وعلم اني اعيد لك هنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيد لك ما تيسر ليتذكره لكون المقام معارك
الاراء فانظر فيه فاحمد الله ان تيسر ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جملة المعول من هذه التوكيل بالاستقراض لا يصح
لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو
الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه وورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل
ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاستيهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى عين المستعار والموهوب
وذلك ليس بملك المستعير او الموهوب له فجعل محلا للتوكيل واجيب بان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة
لا الاستعارة والاتهاب ولئن جعل محله فيما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل اياه
نفسه في ذلك فلم يجعل كذلك في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة
صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ المذكورة هنا بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل يعتبر
للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف
الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا
بلغ على سبيل الرسالة فيقول ان فلانا يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل قال
واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان
الحقوق يرجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فلو كان كذلك لم يجبر بمطالبة الموكل الا
باجازته ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه
فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز العقد بالقبض فكان
القبض بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله وكذا

فيه

توضيح لقوله لأن نفس الثمن المقبوض حقه فإنه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه وإن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فإن قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان له عليه دين وحده أجاب بما ذكرنا أن المقاصة إبراء بعوض وهو معتبر بالإبراء بغيره وللوكيل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الإبراء والمقاصة وإنما كان له ذلك عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالإبراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فإنه لو كان كذلك لما جاز الإبراء من الموكل بلا تضمين الوكيل والجواب أن الثمن حقه فجاز إبراؤه وأن الإبراء من الوكيل هو كذلك فإذا أبرأ سقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فرد إليه العبد عليه فيضمن وأبو يوسف قال الثمن ملك للموكل لا محالة فليس لغيره أن يتعرض فيه بالإبانة والجواب القول بالموجب سلمنا أن الثمن ملك للموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فإذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لأن غرض الموكل وصول الثمن إليه ووجوب ذلك في المقاصة وصول تقديرا إن كانت بدين الموكل ومتأخر إلى الضمان إن كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأشد حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لأنه ينبئ عن إثبات الملك والبيع ينبئ عن إزالته والإزالة بعد الإثبات قال ومن وكل رجلا بشراء شيء إذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته أي نوعه أو جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالإنسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف ومن وكل رجلا بشراء شيء فإما أن يكون معينا أو لا والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا سنديا أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا بخمسمائة ليتحد به ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار فإن ذكر الجنس مجردا عن الوصف أي النوع وعن الثمن لم يصح لعدم قدرة الوكيل على الإتيان بما أمر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه بخلاف القسم الأول وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لي ما رأيت فإنه فوض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر والأصل أن الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والقياس يأباه لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأنه يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا ينبغي فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكر أن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة تضييقا وحرجا وذلك باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغير اليسيرة ليتميز ما يتحمل في الوكالة عما لا يتحمل فنقول إذا بين الموكل جنسه ونوعه وصفته كان معلوما صحت الوكالة بلا جهالة وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذلك مجهول لم يصح الوكالة بلا جهالة وإن بين الجنس بأن ذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة فإن ضم إليه ذكر بيان النوع أو الثمن جاز وإن لم يبين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا إذا قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة فإن الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الأرض وفي العرف تطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناسا كثيرة وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار يشتمل على ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة إلا إذا وصفها فإنها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن وإذا قال اشتر لي عبدا أو جارية لا يصح لأن ذلك يشتمل أنواعا فإن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو مولدا أو هنديا وفي الأسرار أو قال جارية حبشية أو رومية أو فرسا أو بغلا صحت لأن بذكر النوع تقل الجهالة وكذا إذا قال عبدا بخمسمائة أو جارية بألف صحت لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال ويتبين من هذا أنه إذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وإن لم يذكر الصفة أي الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال اللفظ على أجناس مختلفة كما أشرنا إليه قال ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما إذا حلف لا يأكل طعاما فإن الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان أن العرف أملك أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام وأما في عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن قلت فعلى الخبز وإن كان بين ذلك فعلى الدقيق ومن أنظارهم من يدل على أن ما ذكر أولا مطلق أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني تفسير له لفظ قيل مخالف للأول وهو قول أبي جعفر الهندواني وكذا ذكره في النهاية ثم قال يقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول ذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا ثم إن قل الدراهم فله أن يشتري بها خبزا وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لأن الادخار غير ممكن وإنما يمكن الادخار في الحنطة وأقول في تحقيق ذلك العرف يعرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين أفراده عنه العرف وقد تعرض ما يترجح على ذلك فيصرفه إلى خلاف ما حمل به عليه مثل أن الرجل يتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن مراده ذلك قال وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب وإذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فما دام يكون المشتري بيده أو دفعه إلى الموكل فإن كان الأول جاز له أن يرجع إلى البائع بغير إذن الموكل لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها إليه وإن كان الثاني لم يرده إلا بإذنه لانتهاء حكم الوكالة ولأن في الرد إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا أي ولكون

الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل قال
ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه
عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل
يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه لغيره على ان يكون الثمن لغيره
لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة اجيب بانه كذلك
غير ان الاستعاض وباب التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال
للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف
القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر
على مورد النص والنص ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة
شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشراء مالك للمبدل وهو لازم البدل في ذمته فان قيل فاجعل
المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل
كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا
عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه والى الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا يبقى قبض بدل الصرف
ورأس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن
لا يتعلق كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود
الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فانه فارق الموكل
يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد ولا يستحق قبض العقد قوله
بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول
في باب السلم ومعناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم
لانه ليس الا بعهدة الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان
الرسالة في العقد لا في القبض والاكلام فراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض
المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل كالبائع من الموكل لثبوت ما لها فانهما
اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل
ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها قلنا النزع المختص باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه
دليلا وانما الممتنع كونه علة للاصل واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه قوله ولان
الحقوق كانت راجعة اليه دليل آخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق لو كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت هنا دلالة لان الموكل
لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة فان هلك
المبيع بيد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل

كالهلاك

كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق
حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا الاصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع او لا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل
صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس من المسلم اليه غير متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان قبل التسليم
الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل
لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال ان
قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين احدهما بحبسه فكان الامر فيه
موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه
فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا
وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او
كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان الثمن اكثر ويرجع الموكل
على الوكيل ان كانت قيمته اكثر فزفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيصار غاصبا
ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا
حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان بحبس وان لم يحبس لان المبيع مضمون
على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان
واما اذا لم يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء
بعد ان لم يكن وهو انه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم فصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن واما
المبيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع لنفي قولهما يعني المشتري
ليس كالمبيع هنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبايعه واجاب المص
بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري
فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة على ابي يوسف لانه
يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني
لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه في الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن
موضع النزاع فانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل
فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف غلطا او مغالطة
وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبايعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبايعه
فكان ذكره احق مما قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم ومن وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم او مما يباع عشرون رطلا بدرهم فان
كان الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري
قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه

لطة

غلط مغالطة

فقال الفقيه ابو جعفر ان كان الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور لابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن
ان سعره عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء الا استيفا
اذا ازداد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء
الزيادة فظن ان ذلك القدر يساوي درهما وقد خالفه فيما امره فينفذ شراء ما عليه وشراء العشرة على الموكل لانه
اتيان بالمامور به وفيه بحث من وجهين الاول لم يجب ان لا يلزم الآمر شيء من ذلك لان العشرة يثبت ضمنا للعشرين
لا قصدا ولم يوكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال الرجل طلق امرأتي واحدة
فطلقها ثلثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت في ضمنه ايضا
تبعا له والثاني انه اذا امره بان يشتري له ثوبا مرويا بعشرة فاشترى له ثوبين كل واحد منهما يساوي عشرة
قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شيء فالمسألة كالمسألة حذو القذة بالقذة
واجاب عن الاول الامام حميد الدين بان في مسألة الطلاق وقوع الواحد ضمني وما هو كذلك لا يقع الا
في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن
تتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق التضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا
تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه ومع ذلك كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة
شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين
حق الموكل فيبقى حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ولهذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته
من العشرة لان القيمة لا يعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار
صاحب المحيط واما على غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك ان تفاوت اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه
قليل اذا كان من جنس واحد فعرض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب
فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة ماخذه وصوغه وطولا وعرضا ورقعة ورفعة واحكمه كونه
حاصلا بصنع العباد ومحل السهو والنسيان فلا يلزم من تحمله تحمل ما هو اقل خللا قوله بخلاف ما استشهد به
من مسألة ابي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له
ورد بان الزيادة هنا ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما واجيب بان الزيادة ثمه حصلت عند البدل
فكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الدراهم
والزائد لا يتبين بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف
وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الآمر تناول السمين والمشتري مهزول فلا يحصل
مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي
الى تغرير الموكل لانه اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على
ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا
اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه او لم يسم فاشترى

بغير النقود او وكل رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا
اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا
لانه مامور بان يحضر رايه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين التوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا تكلم بنفسه
بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح للموكل يضاف
الى الموكل ولو وجد منه لم يضاف اليه حيث تكلم بنفسه فكان النكاح من نفسه وهو ان يقول تزوجتك وليس كذلك البيع فانه يضاف
الى الموكل والمحال فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل ان اشترى بجنس
من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رايه لم
يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء او النكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل
ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجاز جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول
لا يقع والرواية في الذخيرة والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الراي الى
الوكيل وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي ولا حاجة فيهما اذ الفرد غير محتاج الى الراي فجعلناهما
مجاز الرسالة لانهما يتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل وكان المامور مامورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر
وتوكيل الآخر او الاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن
لانه يحتاج فيها الى الراي فاعتبر للمامور وكيلا والمامور به حضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته قال ومن
وكله بشراء عبد بغير عينه اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او
يشتريه بمال الموكل وقوله يشتريه بمال الموكل يحتمل ان يكون من دفع النقد من مال الموكل وان يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد
عند البعض وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة
فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا لان الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا
لكونه غصبا لدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمامور حملا للفعل على ما يفعله الناس عادة وجريا به بوقوع الشراء لصاحب
الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه
كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة
مشتركة والحمل الى الاول اولى لان بالفعل يصير غاصبا حقيقة فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر
فهو له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل لغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان تكاذبا فقال الوكيل نويت
لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فان نقد الثمن من مال احدهما كان المشترى له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما تقدم من حمل حاله
على ما يحل له شرعا او توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله
لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين
يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد تعين بذلك احد المحتملين ولانه مع تصادقهما يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه
وفيما قلنا يعني بتحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لانه ان كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة
التكاذب وقد علمت من هذه الوجوه ان ذلك انما هو في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد

من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا
على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل وتحكيم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق
لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى وكذا قال المص وهذا عندي محمل كلامه
في الاضافة الى ما تقدم كانت ينبغي ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشرى
بتلك الدراهم تتعين وانما نقول ان الوكالة تتقيد بها على ما يجيء ان شاء الله تعالى في الوكالات الا ترى انه لو هلك قبل الشراء
بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشرى بغيرها من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه انما
خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا رحمهم الله فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا
انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام
وهذا القائل فرق بين مسئلة الشرى والسلم على قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل
السلم فاذا احتمل امر العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال
ومن امر رجلا بشراء عبد بالف ● ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكر الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد
معين او غيره والاول سيجيء والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون
الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للامر لان المأمور اخبر عما لا يملك استينافه بسببه وهو
الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو ليس على استينافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل
للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك
استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وهو [illegible] وان كان الثمن منقودا فالقول قول
المأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول
للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل
قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بانه يملك استيناف
الشراء بان يجعل التقدير ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للامر لانه
موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون
الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي
فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة
فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته الموكل على ما مر ان شراءه لو وكل بمثل
ذلك الثمن عن كل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف
ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي حنيفة وان كان العبد ميتا والثمن منقودا فالقول
للمأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وهو يريد
بذلك الرجوع على الامر وهو منكر فالقول قوله قال ● ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان [illegible]

هذا العبد لفلان يعني اخذه فباعه منه فلما طالبه بالثمن قال لم آمره بذلك فان لفلان ان يأخذه لان قوله السابق
يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله
لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك
اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة موجودة
فيما نحن فيه الا ان يقول فلان لم آمره اي الاستثناء من قوله ان يأخذه لم يكن له ان يأخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له
اي الا ان يسلمه المشتري لاجل العبد المشتري لاجله ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلان العبد المشتري لاجله
وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي على فلان عهدة
الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لاجله ودلت مسئلة
على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي
هو ركن في باب البيع قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم
يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق غير مقيد بشرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا
فيما لا يتغابن استثناء من قوله جاز اي جاز شراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء
وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امر ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه
قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فكل واحد منهما مشترى بخمسمائة فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد
بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا
ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة
وان قلت الزيادة ويشتري الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم
فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة
واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف
بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالتعارف ●
وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الامر قال ومن له على آخر الف
درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الامر وقبضه ومات قبل قبضه للمأمور لان في تعيين
المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه
فاشتراه فان قبضه الامر فهو له وكذلك ان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف اذا امر على المديون ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين
المسلم اليه ومن يعقد معه عقد الصرف صح بالاتفاق والاصل هو الخلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل
فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه
لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد واذا لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل

فيلزم الآمر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا ترى
انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي عن الاصل ان الوكيل بالشراء
اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن
لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب لا يفصل بين ما قبل القبض
وما بعده والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد
التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رحمه الله
في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم
اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف
لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة
الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين ثم قال
وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة ومن قال منهم بالتعيين ان
المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المص نظر
لانه اثبت قول ابي حنيفة بقول بعض المشايخ الذي حل قول ابي حنيفة بما بين سنته والجواب ان المص لم يتعرض
بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات في التعيين بعد
التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن الذخيرة وفتاوي
قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وردها بانه تخالف ما ذكر وانه في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت
الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك
الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك ليبين
تساويهما في بطلان الوكالة بها قوله واذا تعينت هو نتيجة الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت
كان هذا اعطاء الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا
اشترى بدين على غير المشتري بان يكون لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو
فانه لا يجوز لذلك او يكون امر بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها
فكان ما ادى المديون الى البائع اولا يكون ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والآمر بدفع ما ليس بملكه باطل
وصار كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض لان الديون تقضى
قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع المسلم اليه فان التوكيل صحيح لانه جعل المامور نائبا عن البائع
اولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه الدين ولا امر بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو
اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض ولا تكون معينا واجيب بان عدم الجواز هناك لكونه
بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله بخلاف جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد مناه في سياق
دليلهما وذلك ظاهر وقوله وهذا لا يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين بعد

بالبيع غير صحيح ننفذ الشراء على المامور واذا ملك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنده يحتسب بيعا بالتعاطي
ثم هلك عنده هلك من ماله قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الالف
لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر وان
كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر
تناول ما يساوي الفا فيضمن [illegible] اختلفا فالقول للآمر اذا كانت قيمتها خمسمائة لتحقق المخالفة
الى شر وان كانت قيمتها الفا فعلى قوله فالقول للآمر تحالفا [illegible] ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا
كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الآمر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان
موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان خيرا في الخير وذلك يلزم الآمر ووجه ان ذلك في سواء اي في هذا الفصل ينزل
منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف واذا تحالفا فسخ العقد
الحكمي بينهما وتلزم الجارية المامور وهذه طالبته وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن ووقع الاختلاف اعتبرت المخالفة
والامانة واذا لم يقبض اعتبرت فيه المخالفة وتحليله ما الحاكم في ذلك [illegible] في الاول سبقت الامانة ثابتا
والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت وفيه خلاف الثاني قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم
يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل
لا تحالف هنا وهو قول ابي جعفر الهندواني لان بتصديق البائع ارتفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد
ولو انشاه لزم الآمر فكذا هنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف [illegible] قيل
يتحالفان كما ذكرنا وهو قول المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف مخالفة اجاب بقوله وقيل ذكر
محمد رحمه الله غير التحالف وهو البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف
واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو مخصص بالتحالف كانت عظم اليمين فاخذ وجب
على المدعي فعلى المنكر اولى قوله والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد
استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا في رفع الخلاف والتحالف قال
المص وهو قول الامام ابي منصور وهو مختار قال في الكافي وهو الصحيح

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان
يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهي مسئلة
الاولى وان يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف
يتناولهما بحمل الالف واللام بدلا عن المضاف اليه وجعل المص مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر اصحابنا ما يشترك
مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل قال واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا ان
يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يعينه فان
عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق

على ما يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل ثم المأمور من حيث
انه اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه لما
كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل
بها ما امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه وليس
للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب ما سبق بخلاف شراء العبد نفسه لان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز وقد كان معاوضة
يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان
الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشرى للمشتري واما اذا وقع الشرى للعبد نفسه حتى عتق
هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد
هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت
وفي كلام المص ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا
بدل ومنها بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان وكل اجنبيا لشراء العبد من مولاه حيث
لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لو وقع الشراء للموكل لان العقدين ثمة يعني في التوكيل
لموكلي للموكل نوع واحد وهو مما يعتبر في الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله
يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ههنا فاحدهما اعتاق يعقب الولاء والمطالبة فيه على المولى
لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء ويوجب الجناية عليه ويتناول تبرع
من الاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان
وفيه المص عسى بكاد فاستعمل استعماله وتكلم بان المطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة
بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل ومثله ذكر في وكالة الجامع ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد
كتوكله بشراء غيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح ان التوكيل من جانب
العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقود الى الآمر وليس اليه شيء من قبض المعقود عليه فلا يتوجه عليه
شيء من المطالبة بتسليم البدل **قال** ومن قال للعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثالثة
فان وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله
بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد والعبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو اقر بها الغير لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث
انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيرها من اموال المولى وكتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي
عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع
لو اشترى المودع الوديعة وهي في حضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاجزاء
ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل
حق الحبس عندنا لعدم الاجزاء اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل

مبسوط

امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر ووهب نظرا الى ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك قبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر
بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام لا يحتمل الا الاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة
ثم مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك تسلمت ايضا فبطل الحبس بعد التسليم
قوله فاذا اضافه الى الآمر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال والوكيل من صلح وكيلا عن
غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صح فعله امتثالا فيقع العقد له
قياسا على من توكل بشيء وفعله وقوله فعل المولى ذلك يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في
الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما يتبين ان الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني
نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى
لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال وقد مر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي
فان قلت لما اضاف الى الموكل فمن الطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه

شرح

ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة مستدعية تصور صحة المباشرة
منه وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى
دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له ان يشتريه لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف
آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فنفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو عبد لان
المطلق يحتمل الوجهين المذكورين فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف
ان يقع عن مباشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى
مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمه قرينة المجاز وقد وجد فانه ههنا وهي اضافة
العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك والكل اشار بقوله وقد رضي به المولى
دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث
اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهو خارج عن موضوع اللفظ

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء فهو وجه
تاخير البيع **قال** والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما
لا يجوز له ان يعقد مع من لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة بمثل القيمة
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا في عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو
المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة
ولا بد في تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا يقبل شهادته له بمحاباة كثيرة في القيمة
في البيع وباقل منها في الشرى فهو جائز بالاتفاق وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح
الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة جائز باتفاق الروايات عندهما غير جائز عند ابي حنيفة في رواية
الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز ثم الدليل على المذكور في الكتاب

في جانبهما قوله لأن التوكيل مطلق أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل بإطلاقه وكان المقتضي موجودًا والمانع
منتف لأن المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لأنها إنما تكون من حيث إيثار العين أو المالية ولم يتحقق شيء منهما بوجود أما الأول فلأن
الأملاك متباينة حتى يحل للابن وطء جارية نفسه ولو كان ملكه مشاعًا ملك الأب لما كانت جاريته مشتركة وما
حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فإن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع وأما الثاني
فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه وإذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي وتمام بحث
عبده يعني الذي لا دين عليه لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى
طرفيه كان مستزيدًا مستنقصًا قابضًا مسلمًا مخاصِمًا مخاصَمًا في العيب في طرفيه وذلك عين التنازل الذي لا يتحقق بين
متقابلين بمحل واحد في حالة واحدة وكذا المولى حتى في كسب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده تنقلب
حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولأبي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن موضع التهمة مستثناة من
الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت موضع أمانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة لأن المنافع
بينهم متصلة فصار بيعًا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة إيثار العين ظاهرًا وقيل ما الفرق لأبي حنيفة في تجويز
بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة … حكم الوكيل وأجيب بأن المضارب … تصرفًا من
الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما إذا صار المال عروضًا فجاز أن يجوز تصرفه …
نظرًا لجهة استبداده والجامع والفرق على من الخلاف وإنما خصهما بالذكر لأن الحاجة شرعت على خلاف القياس
للضرورة مشروط بشروط عرفية … فكان أمًا تامًا … مع هؤلاء فيتبين أن الحكم فيهما كما هو فيما سواهما كذا
قيل **قال** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير
وبعروض عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف عرفًا إذ التصرفات
لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام
البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف وبالأضحية بأيام النحر
أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه
هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء
من وجه لأنه من حيث إن فيه إخراج السلعة عن الملك بيع ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله
مطلق اسم البيع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل ولأبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على
إطلاقه في غير موضع التهمة … ولكل ما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن منزلة الخ يعني سلمنا أن المطلق
يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو بالعين أي العرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة …
… من العين وعن ذلك … بقلة الثمن … فكان العرف مشتركًا لا يصلح دليلًا لأحد الخصمين بل المتنازع
فيه يكون … فينبغي … كما يرد على المسائل المذكورة … عن أبي يوسف على ذلك الوجه
وأما عن أبي حنيفة رحمه الله فهو على إطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه حتى إن من حلف لا يبيع يحنث بالبيع
بالغبن أو العين فلما جعل بيعًا مطلقًا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين

في نوع

في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحمًا فأكل لحمًا قديدًا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل
لحمًا قديدًا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق والقديد لا يباع فيها عادة
فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن الجواب قد اختلف في حقهما لاختلاف المعنى لا لذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعًا حقيقة
وعرفًا أما حقيقة فظاهر وأما عرفًا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فإن قيل لو كان ذلك بيعًا من كل وجه لملكه الأب والوصي
أجاب بقوله وعدم ملك الأب والوصي لا يملكانه ومعناه أن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع وهما ليسا بمأمورين سلمنا ذلك لكن ليس
أمرهما مطلقًا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولأن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه … بيع من كل وجه
شراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع
فكل ما صدق عليه منه الحد فهو بيع من كل وجه ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوسلًا
إلى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلًا إليه بإخراج ملكه وكل منهما صادق على المقايضة
فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع البدلين باعتبارين يتغير كل منهما بالإطلاق لفظًا خصه عليه وبذلك
يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل إذا كان بيعًا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما إذا
رجح أبو حنيفة جانب البيع وما قيل إذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلًا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش
بالاتفاق فكان الواجب أن لا تجوز المقايضة إلا إذا كانت مقابلة من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه يسيرًا كما روى
الحسن عن أبي حنيفة وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك وسنخرج جانبه ويجوز له أن يبيع بما
عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلًا لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك
بهذا وتطبيقه على ما في الكتب لاحظًا بعين البصيرة تجد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى **قال** والوكيل بالشراء
يجوز عقده … الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه
لنفسه فإذا لم يوافقه وقد وجده خاسرًا ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء
التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه لما تقدم … قالوا عامة المشايخ … وبعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير دون الفاحش وقال
بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضًا وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة
إلى الموكل في العقد فلا تتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان
ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون ما يقابله مما يتغابن فيه
قال شيخ الإسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبد والدابة أما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فإن زاد
الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة كالفلس مثلًا وإن كان مما لا يدخل تحت تقويم المقومين لأن الداخل تحت ما
يحتاج فيه إلى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به … وقيل الغبن اليسير هو … وقيل الفاحش … وساعد … سوق
الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده فإذا كان الغبن مثل المبلغ كان يسيرًا لزم
الآمر وإن زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها
بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الآخر قليل وفي الأوسط متوسط وعشرة دراهم
يتطع به … فجعل أصلًا والدرهم ما يحبس لأجله فعقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرًا

والنقص من النصف كان يسيرًا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان أقل وقوعًا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من
الأقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم **قال** وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز. وإذا وكله ببيع عبد فباع
نصفه جاز عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على إطلاقه واستوضح بقوله
ألا يرى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأن التوكيل ينصرف
إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف
قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين
أنه وقع وسيلة وإن لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء
موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لأبي حنيفة رحمه الله في الشراء محققة على ما مر من قوله فلعله
اشتراه لنفسه إلى آخره وفرق آخر أن الأمر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه
وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق أي إطلاق الأمر وتقييده فيتعين فيه
العرف والعرف فيه أن يشتري العبد جملة ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء
أمر بالشراء وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام
فإن النبي عليه السلام وكله بشراء الأضحية وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه
إلى المتعارف عملا بالدليل بقدر الإمكان ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالا للقياس والعرف من كل وجه والإعمال
ولو بوجه أولى **قال** ومن أمر رجلا ببيع عبده. ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض
فرده المشتري على البائع بعيب فإن كان رده بقضاء أو بغيره فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لم
يكن فإن لم يكن فإما أن يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع أو لم يكن فإن كان لا يحتاج إلى حجة من بينة أو نكول أو إقرار لأن القاضي
تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد إليها وإن لم يكن فلا بد منها لا
للقضاء بل لأنه إذا لم يعاين البيع قد تشتبه فيحتاج إليها لظهور التاريخ وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج ومرض
العرق فيحتاج إلى النساء والأطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج إلى الحجة وفي هاتين
الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج إلى رد وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ
بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وإن كان بعيب يحدث مثله فإن رده ببينة أو بإباء يمين فكذلك لأن البينة
حجة مطلقة أي كاملة متعدية والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم
الآمر وإن رده بإقراره لزم الوكيل لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والإنكار حتى يعرض
عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكول الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي
غير أن الحجة وهي الإقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه فإن قيل الحاجة إلى
القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إنه إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة وإن كان
الثاني فإما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لا فإن كان الأول وكان رده بإقراره لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره وعبر عنه
بالبائع لأن المبيع إنما انتقل إلى الوكيل وتعذر عليه الرد وقد حصل من جهته فكأنه ابتاعه لأنه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ

واسترد برضاه من غير قضاء والبائع أي الموكل ثالثهما وإن كان الثاني والرد بإقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية مبسوط
الأصل لأن الرد متعين وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي أن رفع الأمر إليه فإنهما لو رفعا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله
رده عليه من غير تكليف بإقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات أنه لا يلزم الآمر وليس للمأمور
أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لأن حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل إلى الرد
ثم إلى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأتيهما لأن التي عدم القضاء **قال** ومن قال
لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد. إذا اختلف الآمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي
بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لأن الأمر يستفاد من جهته ومن يستفاد
الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة
مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فإنه لو قال وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال
وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الإطلاق ولو اختلف المضارب
ورب المال في الإطلاق والتقييد فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البز وقال المضارب دفعت إلي المال مضاربة ولم
تقل شيئا فالقول للمضارب وإن كان الأمر يستفاد من جهة رب المال لأن في العقد ما يخالف دعواه لأن الأصل
في المضاربة العموم ألا يرى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الإطلاق قائمة بخلاف ما إذا
ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما
فنزل إلى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أي أجل كان متعارف
عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة عند أبي حنيفة وعندهما تتقيد بأجل متعارف
والوجه من الجانبين تقدم في مسألة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن أمر رجلا
ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا
الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها أن يموت الكفيل
والأصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا ويرفع إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه ويموت
الكفيل مفلسا وإنما لم يكن عليه ضمان لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة
لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا إذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين
رهنا أو كفيلا فإنه لا يجوز لأنه يتصرف نيابة حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون
الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

فصل

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا وإذا وكل وكيلين فإن كان ذلك بكلامين كان
لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وإن كان بكلام
واحد وهو المراد في الكتاب ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن يليق بهما الأحكام أو أحدهما
صبيا أو عبدا محجورا إن كان التصرف فيما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك إذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع
كذا لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف قوله والبدل وإن كان

متقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعد فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزداد الثمن ويختار المشتري من هو حسن اداء للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به وذكر لذلك وجهين ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما هو معطوف على المستثنى فلذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر تطلق فهو جائز وكذا بالعتق المنجز وكذا اذا وكلهما برد الوديعة وبقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه ولما انفرد فغير مأمور بقبض شيء منه وقوله وهو اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا يرى انه تمليك يقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يستبد احدهما على التصرف في ملك الآخر وقيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة وأجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل فمعنى قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رأيهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الرأي وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والاجازة التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول وايضا الرضى برأي الوكيل رضى بتوكيله مناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قويا في رأي الاول لما وكله فرضي بتوكيله مع الرضى بل هما امران محتملان ويمكن ان يجاب عنه بان المعتبر للقوة في الرأي ما يكون بحسب الموكل وحيث اختاره للتوكيل من غير يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لا عنده من يفوقه في هذا التصرف فعقول بتوكيله مناقض لظنه فلا يجوز وقوله الا ان يأذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه اذا اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره واطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه وغيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل هو بموته بموت الاول وقد تقدم نظره في ادب القاضي حيث قال

وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكرناه فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول في المسألة روايتان ولكن ما ذكره مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسألة روايتين ووجه عدم الجواز ما بيناه ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الفسخ على هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل ولم يذكر ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان تصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف بغير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني لان السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه بحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير ومن رواية كتاب الرهن اختاره المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشره ربما باع بالزيادة على المقدر لكمال كفايته وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك القدر لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر في قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في الوكيل بتقدير صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر منه في مجرد العبارة **قال** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي

ابنته وهي صغيرة مسلمة عتق او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او الشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي لا يتوكل عن غيره ولي موجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا يقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستامنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما بعد عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك الى الولاية النظرية بتاويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فيبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت وانما خص ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تبركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد تخصيص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض الخصومة فعل يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل ادام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او عزله والمطل من الافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فهو ظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة لا تعدو وقد عرفت ما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظيره التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه فان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى عند ابي حنيفة والجواب عن ذلك وجه لاصل الرواية والكلام فيه وتمام الكلام فيه في الفتوى على اصل الرواية وعلى العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء ومن يثبت لهما بانه

قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده

وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان التوكيل بالقبض والخصومة ليس بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومة فلم يكن الرضى به رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فاذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عينه ما لم يتقاصا والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد والقسمة وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قال في شرح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هناك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه ما يتم به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق

قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينته في البيع قياسا لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الامر لانه اقامها من قام الموكل في القبض خصم في قصر يده فيقتصر حتى لو حضر الغايب اعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك يقبل في قصر يده كذا هنا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المراة الى زوجها نقلها او العتاق اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المراة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على ان مولاهما اعتقهما من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان يقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والتدبير لانها تضمنت الطلاق والعتق والتدبير وقصر يد ذلك بين الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على الموكل ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغايب فقبلناها في القصر دون غيره

قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة ولا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم يسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس ما قالاه لاستوى المجلسين كما هو من مسئلة يوسف واما قول العرف كما هو من مذهبهم والفصل بين مجلس القاضي وغيره استحسان

وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء لا
يقتضي ما يضاده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال
وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى
الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو كان نفيا لما صح الاستثناء
قوله ولكن التوكيل بالجواب مطلقا تتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يورد دليلها
على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا هو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية ووجه الاستحسان
ان هذا التوكيل صحيح قطعا لان صحته بتناول ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير
ملكه وهو غير صحيح ولهذا اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه وذلك اي ما يملكه الموكل
مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن
لفظ الخصومة موضوع للمقيد فينصرف الى المطلق مجازا اعلاما سيأتي تحريا للصحة قطعا قوله ولو استثنى
الاقرار جواز عن مستشهد ... ووجهه لا نرى صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف لانه لا يملك
الاستثناء لان ملكه يستلزم ... الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر انفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد لكنه
انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك انا قلنا انه لا يحل له
الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل فحمل امر
المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد
انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على الاقرار
لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا
وكيله لان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء
الاقرار فائدته ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض
اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل
فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم
يذكر الكلام على صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع
الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر لان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها
الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة والاوجه ان يقال
التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب ... والصلح عقد اخر يحتاج الى عبارة
اخرى خلافها وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناولهما اللفظ الموضوع لمطلق الجواب حقيقة ولا مجازا
قوله فبعد ذلك شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعدما ثبت ان التوكيل ينصرف
الى مطلق الجواب وبعدما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف في التسوية بين مجلس القاضي
وغيره الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه فيما يقولان ان التوكيل

بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول
بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فلما كان هو في غيره فليس
بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار
خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله ولا يجوب للموكل بها اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه
التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير لكنه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز
السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه
المستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر
كان اوضح تادية للمقصود قوله لكن استدراك عن قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في
غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي
خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا
شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا
من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال ومن كفل بمال عن رجل
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان بعد براءة الكفيل او قبلها
اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما ذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجاز بعدما بلغته فانها لم تجز
لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل
من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا
لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح وان كان عاملا في ذلك لنفسه كما ذكره في الجامع
الصغير واجيب بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكره
في الجامع سلمناه لكن الابراء عليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه
ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا يعتبر واجيب بانا لا نعتبر ذلك بل الاصل وقوع التصرف
لنفس الفاعل فان قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تاخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع
الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى
من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلا
يجوز ان يكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه قوله ولان قبول قوله دليل اخر وتقريره ان الوكالة تستلزم
قبول قوله لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه وانتفاء اللازم يستلزم
انتفاء الملزوم فيلزم عدمه وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلان
في عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته وطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد
التوكيل باطل لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا المولى ضامن القيمة كان في ذلك عاملا لنفسه لانه
يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه وكيل

فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فما اداه المديون مثل ماله لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه لما انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ثانيا رجعت عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ الطالب منك ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في زعمهما فيما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب على فلان اي بما يذوب اي يكون على ولم بينهما كفالة اضيفت الى حال وجوب المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا بان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا لم يصدق الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد ما دفعه حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو حالة التصديق او محتملا وهو حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لا يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر نص ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف او لا وقال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة ويحلف على قولهما لانه يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وذكر ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة ولم يثبت نيابة هذا الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف

عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير بحق القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك ضمن المودع فهل للمودع الرجوع او لا فهو الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع ان كان العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه تملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية بخط شيخه رحمهما الله نصب مال له ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه مملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وان رأى التضعيف لان الحال متعين للعامل فكلمته يجوز ان يكون منتصبا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس بمعنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى البيع عليه والقائل ان يقول قد تقدم هاتان المسألتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هناك باعتبار القضاء وها هنا باعتبار الدعوى ولهذا اصل بعضها ها هنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن اقر وهي من افراد الجامع عن ضعف لانه اوردها في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعين المناسبة **قال** فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بقبض ذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب الدين فاستحلفه وقال النص لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسألة كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله يحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه وهو من الاصالة **قال** وان وكله بعيب في جارية اذا وكل رجل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل واما ها هنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند ابي حنيفة رحمه الله لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطاء بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد لانه امضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في

واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب بحضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع للسالك
عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم يرد الجارية على المشتري
وأجيب بأن الرد من مسائل محمد فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا
لم يوجد بدليل وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه فينتقض وههنا في
الآخرة على وجود رضى المشتري في مثله لا ينفذ القضاء باطنا كالقاضي باجتهاده في حادثة ثم ظهر نص بخلافه
قال والأشبه أصح فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا أي على هذا الأصل المذكور في التفصيل بين فصل الجارية
والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر إلى تحليف المشتري لأن عندهما التأخير إلى التحليف في
الدين إنما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لأن قضاء القاضي
في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا
يؤخر إلى التحليف وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف
المشتري إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إذا كان غائبا قال ومن دفع إلى رجل عشرة
دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي أنفقها من ماله
بمقابلة العشرة التي أخذ من الموكل لا يكون متبرعا فيما أنفق قيل هذا استحسان ووجهه أن التوكيل بالإنفاق
توكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع
والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت
بينهما مبادلة حكمية وهذا أي الجواب في التوكيل بالإنفاق كذلك لأن التوكيل بالشراء قد يحتاج إليه الإنسان قبل أن يصل
إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم وقد يكون مال الموكل غائبا في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في
التوكيل بذلك تجويز للاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من
الموكل عليه وإن استهلكها ثم لأن الدراهم تتعين في الوكالة حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة فإذا أنفق
من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو أن يدفع المديون
إلى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فإن دفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فإنه في القياس متبرع حتى
إذا أراد المأمور أن يحبس الألف التي دفعت إليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك
لأن قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لألزمناه دينا
لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فأما الإنفاق فيتضمن الشراء لأنه لا يتأدى إلا به وهو لا يحصل بشراء الطعام والشراء لا
يتعلق بعين الدراهم المدفوعة إليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل
متبرعا قياسا أيضا **باب عزل الوكيل** وجه تأخير باب العزل ظاهر لاحتياجه إلى بيان وإن أراد الوكيل أن الوكالة
للطالب فعزله لم يصح بحضر المطلوب أولا لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وإن كان
للمطلوب فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب فهو بمنزلة القاضي فكذلك وإن كان فإما أن علم الوكيل الوكالة أولا
فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وإن علم ولم يرد ثم

لم يصح في غيبة الطالب لأن التوكيل ثبت لحق الخصم في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته
يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل إذ يمكنه أن يطالبه بالخصومة مع الوكيل
عليه مع الموكل وبكيفيته طلب نصب وكيل من جهته ولم يذكره المصنف لأن دليله يلوح إليه إلا أنه قال لما فيه من إبطال حق
الغير وههنا لا إبطال كما ذكرناه قوله فصار كالتوكيل من جهة المطلوب إذا كان بطلب من جهة الطالب
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطا على
البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل ذلك الحق
فإن قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الوكيل بالخصومة
بالخصومة فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب رضي به أو لا ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة
أجيب بأنه إنما رجح العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فإذا بطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة
لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا وأما في مسألة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه
في البيع أصلا إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع قال وإذا لم يبلغه العزل فهو على وكالته فإذا عزل الوكيل
ولم يبلغه عزله فهو على الوكالة وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضرارا به من حيث أحد وجهين بطلان
ولايته لأن الوكيل يتصرف على ادعاء أن له ولاية ذلك فيؤدي العزل بغير علمه إلى تكذيبه فيما ادعاه لبطلان ولايته
وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق إليه فإنه ينقد من مال الموكل إن كان وكيلا بالشراء ويسلم
المبيع إن كان وكيلا بالبيع فإذا كان معزولا كان التصرف واقعا بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح
وغيره سيان في الوجه الأول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب
أدب القاضي فلا يحتاج إلى الإعادة قال وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم أن الوكالة مما يجوز
للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضى أحد منهما ما لم يحجز ذلك بتعلق حق الغير به فالطالب في الأول يبطل
الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لأن التوكيل تصرف غير لازم فإذا كان اللزوم
عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وهذا ليس كذلك لأن كلا منهما يتفرد في فسخها فإن للوكيل أن يعزل
نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم يكون لدوامه حكم ابتدائه لأن المتصرف بسبيل من
نقضه في كل لحظة فصار كأنه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء عقد ولا بد
في ذلك من الأمر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الأمر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هؤلاء كما لم ينعقد
ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فإنه غير لازم ولا يبطل بالموت وأجيب بأن الأصل في البيع اللزوم وعدمه بعارض الخيار
فإذا مات بطل العارض وتقرر الأصل وفي الثاني لا يبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما
إذا جعل أمر امرأته بيدها لأن التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه
فلا يلزم بقاء الأمر وكلام المصنف في بيان التقسيم ساكت وهو تمام الأبد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم
وشرط الإطباق في الجنون لأن قليله بمنزلة الإغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند أبي يوسف
وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعند محمد أكثر من يوم وليلة لأنه يسقط

بها الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد لو قال محمد اخر احوال كامل لانه يسقط به جميع العبادات
فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عنده موقوفة
والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت فاما عندهما تصرفاته
جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر لحاقه وقد مر في
السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل
وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها
تخرج الوكيل عن الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل ثبتت الوكالة في الحال ثم بردتها خرج
من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال
واذا وكل المكاتب ثم عجز او اذن العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع والشراء
بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما
ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والافتراق والحجر ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل
حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب والمأذون له بقضاء الدين او الخصومة
او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب
له اي وجب له بعقد كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد
بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما
ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة
كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول لم لا
ينفصل بين ما وليه وبين ما لم يليه بما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتوكيل جهتان جهة مباشرته
وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم يبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل
احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة
فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان
كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه لا يحصل بتصرف واحد
حصوله بالتنوع وكلام المص ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين
كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا فقد بطلت
الشركة المتضمنة لها فتبطل لما كانت في ضمنها بناء على تعذر صحته بمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة
الكتاب قال ولذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما مر من العوارض المبطلة للوكالة من جانب
الموكل شرع فيما من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته
وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك
لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال

المص هذا عند محمد فاما عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه
ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية وولاية فليس
كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق لحرمة
الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة بمخصص ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه
ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما ملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك
اي عليك ولاية التنفيذ تلحق بالملك لان التمليك بالاملاك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد
بطل الملك باللحاق لانه لحق بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت الولاية
بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد وتقول الخلاف
في فرض المسئلة فيما اذا قضي القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا فمعنى
الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه يعني التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات
ولاية التنفيذ الى ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة
له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما ثبتت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكان
ثابتا به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه مرتدا لم تعد الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد
رحمه الله انها تعود في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما اعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بعين
ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبد ثم باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل
على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي حق الوكيل
على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض
العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكنه ذكر العود بها بعد ذكرها في هذا الموضع قال ومن وكل اخر بشيء
ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل اخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا
وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكل بتزويج امراة معينة ثم تزوجها بنفسه
حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فانه له ان يزوجها الموكل
لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه الوكيل للآمر لم يجز وكذا لو وكله
بطلاق امراته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للوكيل ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا
او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنتين كانت او رجعية فان للوكيل ان
يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع
فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة المتعلقة بجميع ما ذكر ومعناه انقضاء
الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان
يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بغير قضاء

بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والموكل غيرهما فكان في حق
الموكل كأن الوكيل اشتراه ابتداء وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق وهو باق والامتناع
كان لحق الوكيل وقد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع ليس للوكيل أن يهب لأن الموكل مختار في الرجوع ع
فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء القاضي فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان
له أن يبيعه **كتاب الدعوى** لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في
اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس
من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لأن المدعى إما أن يكون راجعا إلى النوع أو
الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى وكونه ملزما على الخصم فإن ادعى على غائب لم تسمع وكذا إن كان المدعى
مجهولا لعدم إمكان القضاء وإن ادعى أنه وكيل من الحاضر وهو منكر فكذلك لإمكان عزله في الحال وحكمها الصحيحة
منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الإثبات وشرعيتها ثابتة لأنها لدفع الحيف وقطعها بالقضاء دفعا للفساد
المظنون ثبتها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة **قال** المدعي من لا يجبر على الخصومة
إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الدعوى لا يحصل إلا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما
أهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى فإن النبي عليه السلام قال البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلا بد من معرفتهما وقد
اختلف عبارات المشايخ فيهما ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه
من يجبر على الخصومة وهو حد تام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة يعني البينة والإقرار كالخارج والمدعى
عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام إذ يجامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى
رد الوديعة ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى
عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من يدعي ظاهرا
وتقرير الشيء على هيئته والظاهر كون الأملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعي هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى
عليه من يديم ويقرر على ما كان ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه وليس متمسكا بالظاهر إذ رد الوديعة ليس
بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيله الذي
قال هو منكر الوكالة فالقول لصاحب الدين لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويمكن
أن يوجه بالعكس بأنه مودع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان قال محمد رحمه الله في الأصل المدعى عليه
هو المنكر وهذا هو الصحيح لما ورد من قوله عليه السلام اليمين على من أنكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشأن
في معرفته أي المنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لأحدهما على
الأخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة
فلو أقام على ذلك بينة تثبت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فإذا أقام البينة اعتبر الصورة
وإذا عجز عنها اعتبر معنا أما فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه **قال** ولا تقبل الدعوى
حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا أن معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه

من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا كذا درهما أو دينارا أو كرا لأن فائدة الدعوى
الإلزام بإقامة الحجة والإلزام في المجهول غير متحقق فإن كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم لا
ليشار إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالإشارة لأن
النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف لكونها عند إمكانه وضع اليد عليها بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين
فيها ممكن فإذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا أشخص إليه لأن الصحابة فعلوا ذلك فيجب على
الحضور في مجلس الحكم على ما بين القضاة من أولي الأمر أي أجمعوا والأصل فيه قوله تعالى وإذا دعوا إلى الله
ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون إلى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لإعراضهم عند الطلب
فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره ولزم عليه إحضار المدعى لما قلنا من الإشارة إليها
ولزم عليه اليمين إذا أنكر وعجز المدعي عن إقامة البينة وسنذكر أي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب **قال**
وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعي
ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لأن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة
فيه كما تقدم فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيدا وقوله وقد تعذر مشاهدة العين
جملة حالية وقوله لأن العين لا تعرف بالوصف يعني والحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه أبو
الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء على
المستهلك عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فإنه صح الصلح عن المغصوب على أكثر
من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك على ملكه لما جاز ذلك لكون الواجب في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة
والصلح على أكثر من جنس الدين ربا لا يجوز وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي
بماذا يقضي فلا بد من ذكر الأنوثة والذكورة ومن المشايخ من أبى ذلك لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة
القيمة فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة **قال** فإذا ادعى عقارا حدده إذا كان المدعى عقارا فلا بد
من ثلثة أشياء تحديده وذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به أما الأول فللإعلام بأقصى ما يمكن فيه
وذلك إنما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لأنه إنما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل
صير إلى ذلك التعريف ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم إلا إذا كان معروفا مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى
فإنه يستغنى عن ذكرهما ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف وهو الصحيح فإن ذكر ثلثة
من الحدود يكتفى به عندنا خلافا لزفر لوجود الأكثر ومن ثم يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما إذا غلط في
الحد الرابع وأنث في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به المدعى بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بالترك كما لو شهد
شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لأنهم قصدا عقدا آخر
بالغلط ومن الجحود يسقط قول زفر الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وأما
الثاني فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه
أنه في يده بل لا يثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا

في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك وبعلم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة لأن العقار
قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد
للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي إلى نقض القضاء
عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه
حقه وفي عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر
بمعنى المفعول وكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده
وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا أي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب أن يقول وهو
في يده بغير حق لأن العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وإن كان المدعى به دينا في الذمة ذكر المدعي
أنه يطالبه به لما قلنا يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا
المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهبا أو فضة فإن كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد
أو رديء أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك وفي الجملة
لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف **قال** وإذا صحت الدعوى وإذا صحت الدعوى
بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فإنه على وجهين إما أن يكون أمرا بالخروج عما لزمه بالحجة
أو تعيين ما هو بعرضية أن يصير حجة وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر فإن كان الأول فالحكم فيه
أن يأمره بأن يخرج عما أقر به لأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الإنسان على نفسه
فكان الحكم من القاضي أمرا بالخروج عن موجب ما أقر به ولهذا قالوا إطلاق الحكم توسع وإن كان الثاني فالحكم فيه
أن يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية أن تصير حجة إذا قضى القاضي بها حجة
في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فإذن لا بد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين فإذا سأل فإن اعترف به أمره
بالخروج عنه وإن أنكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل صلى الله عليه
وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب
وإن عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلبه لأن استحلاف
لأن اليمين حقه ألا ترى كيف أضيف إليه بحرف اللام في قوله لك يمينه قيل ما وجه [illegible] المدعي لأنه
يزعم أن خصمه أتوى حقه بإنكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى إن كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة
لخصمه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع كالقصاص وإن كان الأمر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب
بذكر اسم الله تعالى صادقا ثم إنما رتبت اليمين على البينة لا على العكس لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق
ما ادعاه لأن فيه إساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها ليطالب
القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدم اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه إذ إقامة البينة
مشروعة بعد اليمين فيحتاج إلى إقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر

باب

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام

المتعلقة

المتعلقة باليمين **قال** وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه
لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام
لك يمينه فإذا طالبه به يجيبه ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا من قوله
عليه السلام للمدعي ألك بينة فقال لا فقال عليه السلام لك يمينه فإنه ذكر اليمين بعد عجز المدعي عن البينة فلا يكون
حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة
فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين على المدعي لأنه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على
من أنكر والقسمة تنافي الشركة لأنها تقتضي عدم التمييز والتمييز يقتضيه وجعل الأيمان على المنكرين في قوله عليه السلام
واليمين على من أنكر وليس وراء الجنس شيء استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسيأتي **قال**
ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لأنه مدعى عليه وليس عليه
البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقي الملك من واحد
وأحدهما قابض وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد وهو
مدعى عليه قلت نعم لأن قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدعي
والبينة للمدعي فإن قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه قلت لا لأن اليمين إنما يجب عند عجز المدعي
عن البينة وههنا لم يعجز وإذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة
يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي رحمه الله تقضى ببينة ذي اليد لأنها اعتضدت باليد والمعتضد أقوى
فصار كما إذا أقاما على نتاج دابة وهي في يد أحدهما أو أقاما على نكاح وهي في يد أحدهما فإنه يقضى لذي اليد وصار كدعوى
الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه
وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج
أكثر إثباتا يعني في علم القاضي أو إظهارا يعني في الواقع فإن بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته
بينة ذي اليد لأن اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك
أو تظهره وما هو أكثر إثباتا في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه فإن قيل بينة الخارج [illegible]
فبينة ذي اليد تعين الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيد ما ثبت باليد وإنما تصير موجبة
عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه وإثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة
بل مؤكدة للملك الثابت والتأسيس أولى من التأكيد بخلاف النتاج والنكاح لأن اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة
فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجح إحديهما باليد فإن قيل كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها
أكثر إثباتا لأنها تثبت الملك والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير أجيب بأن بينة النتاج لا توجب الأولية
الملك وهما تساويا في ذلك فترجح ذو اليد فيقضى له بقوله وكذا على الإعتاق أي اليد لا تدل على الإعتاق ولا
والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم رجحت بينة ذي اليد بقوله وعلى الولاء الثابت بها أي بالإعتاق والا
والتدبير معناه أن البينتين في الإعتاق [illegible] لأن على الولاء إذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما وفيما قدمنا استويا

وبما

في ذلك ويترجح صاحب اليد بحكم اليد **قال** واذا نكل المدعى عليه عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين
قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف
قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل
اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على
كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم
على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه
فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا وقوله يحتمل التورع او الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر
بالغير واعترض بان الحكم بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء بالنكول مخالفه وقال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر النكول
واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء ويكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانب
المدعي وليس ابواب اللعان بالايمان في جانب الزوج بشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان
مرعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما
عداه وبالاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد
نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح رحمه الله ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس
لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له علي رضي الله عنه قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت الاجماع
بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قايمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين
فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال عن القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين
فان رد اليمين لا وجه لها لما قدمنا في قوله ولا ترد اليمين على المدعي وبه **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له
وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا
الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة النص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه انه يلزمه بالنكول وهذا الى
من قولهم لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رحمه الله خلافا فيه ثم هو غير حتم العرض ثلاث مرات اي ليس بشرط لجواز القضاء
بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره
لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال الخصم ثلاثة ايام فانه اولى وان قضى بغير امهال جاز ان الحكم
ببيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه
التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه من كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك
ثانيا فان نكل يقول له ثالثا ثم اقض عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قال**
واذا كانت الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة
انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى
على مجهول انه عبده او مجهول ذلك او اختصما على سبب الولاء في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده

باذلا

بالنكول

او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهو ممن لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد
باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب
الحد وانكر فانه لا يستحلف في شيء من ذلك كلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يستحلف في ذلك كله واذا نكل يقضى بالنكول
الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع
تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا انه كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوايد الثلث والاقرار يجري في هذه
الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري
في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف
عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البايع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في
النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر
في المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث
ما ذكر في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين
فقضي عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار ابى منه فوجبه
الاقرار ما تقدم وهو كونه لان المدعي يستحق دعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان تم
فقد انقطعت فان انكر لم ينقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة والنقوض المذكورة اوردت على
اعتبار كونه اقرارا الاحد على حقيقته لا انه بدل عنه ومثل هذا يسمى في علم النظر نقض المدعي ولابي حنيفة رحمه الله
ان النكول بذل وهو قطع الخصومة يدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل
او اقرار لحصول المقصود لكن انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء
فانه اذا قالت امراة ومن الرجل يوذيني فدفعت اليه نفسي او يستبرقني وقال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي
بشيء او قالت انا الست بامراته لكن دفعت نفسي وابحت له الاستمتاع لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا
لما ضمن شيئا اذا استحق ما ادعى بعضا كالصلح عن انكار ويستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع
الى الدعوى الثاني لو كان بذلا لكان ابحا فيما في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم وجب على الحاكم بالنكول والبذل
لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان بذله باطل
الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل
الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فصار الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما هاهنا فالمدعي يقول انا اخذ
منك بدلا ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح
كما في الحوالة وساير الديون ابتداء وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح فاما ما كان بدلا بحكم الشرع كنكول فلا نسلم
انه لا يوجب بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع بان الاذن يحتمل صحة البذل من الماذون فيما يدخل تحت الاذن كالهدي
الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس بان الاطراف البذل فيها غير عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي

بيع

نسيخ

ويها اكلة لم ياذن بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة
ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام اليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها
لكنه يقول لما لم يفد اليمين فايدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معتوه
لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود قوله وفايدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه الاشياء لا يجري فلا
فايدة الاستحلاف لان فايدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفايدة
وقوله لان هذا بذل لجواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما
لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه انفا انهما يملكان ما لا بد منه للتجارة ومن لم يرى النكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين
جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البذل في
الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع منه لانه يقبضه حقا لنفسه
بناء على زعمه وان كان الثاني فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز لمن يترك المنع فان قيل فهلا جعل في
الاشياء السبعة ايضا ترك المنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان
امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله لان هذا بذل لدفع الخصومة تعبير بالترك
وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم
لعله اولى قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال ويستحلف السارق بالله ما له عليك
من المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع
يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابق على
دعوى المال قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع
ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعل
السرقة قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا
لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت ما فائدة تخصيص ذكر الطلاق
قبل الدخول قلت هي تعلم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق
يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل
لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخوه لابيه وامه مات ابوهما
وترك مالا في يد المدعى عليه وطلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب
فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه
في يد ملتقط فادعت اخته حرة تريد قصره من الملتقط بحق حضانتها واريدت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب
وكذا اذا وهب انسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب
فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع دون النسب المجرد

فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواه الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما يصح من الرجل
والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بذل او اقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى
عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي
النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة
عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر
بالخطاء والولي يدعي العمد فيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء وقيد بقوله اذا كان الامتناع من جانب
من له كما اذا اقام المدعي رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص
لكن تعذر استيفاؤه ولم تثبت الخطاء فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل فما
الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت
بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد وبقي الاصل وههنا الاصل
المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة للخصم القاتل لسلامة
نفسه والمقتول لصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطاء ولابي حنيفة ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا يرى انه لو قال اقطع يدي فقطعها
لا يجب الضمان وهذا لان ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله وجب
القصاص في رواية وتجب الدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير ضرر
اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا
كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع يباح بفعله وما نحن فيه البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به
فيكون مباحا فيه فيجب نحو قطعه معنى ويقصد فيه بما انهما قصد الحال في السرقة قال القطع لا يثبت بالنكول والثاني الخصومة
يندفع بالارش وهو ليس بالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد
لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني
بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وفيه ما ذكرنا
ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع بنكوله الا النفس لم يجز بذلها فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه
يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال واذا قال المدعي لي بينة
حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل للخصم اعطه كفيلا
عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته لجواز الكفالة بالنفس عند ابي حنيفة واما جواز التكفيل فهو استحسان
والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين
اشتغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه بسببه يتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشتغاله

وأما التقدير بثلاثة أيام فمروي عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد أنه قال إذا كان معروفاً والظاهر أنه لا يختفي بشخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وإن استمهل نفسه بذلك يوماً وكذا إذا كان المدعى بحقير لا يختفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما الأمر بالملازمة فقليلاً يضيع حقه فإن قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال وفي الغائب كالهالك إذ ليس كل غائب يؤوب فإن كان مسافراً فالكفالة والملازمة تقدر بمقدار مجلس القاضي إذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر.

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع التي تجب فيها ذكر صفتها لأن كيفية الشيء وصفه يقع بعد ثبوته في الأشياء صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر وكلامه فيه ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق في ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وإن صعب بالقصر اسم أعجمي روي أنه عليه السلام مر بقوم وإن رجل وامرأة سخم وجوههما فسأل عن حالهما فقالوا إنهما زنيا فأمر بإحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال أنشدك أي أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا وفي ذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع وقال الشافعي إذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم إن كان بمكة فبين الركن والمقام وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه أمر بالحرج على الحكام **قال** ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك أن السبب إما أن يكون مما يرتفع برافع أو لا فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد وعلى السبب عند أبي يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه بنحو أن السبب مثل أن يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت أيها القاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيفسخ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل بين أبو نظام ونقل عن شمس الأئمة الحلواني أنه يعتبر بقوله وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتغيير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بانتسابه إلى المسلمين لا يتصور لأنه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً فإن الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق وإذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لأنه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده والمدعي فيتضرر فإن قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب ولم يبل ولي بالضرر المدعى أجيب بأنا ولي بذلك لأن القاضي لا يمكن من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعي يدعي ما هو الأصل لأن المشتري إذا أثبت ثبت الحق له وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة

فيجب

فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض وإذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعن أبي يوسف يحلف على السبب **قال** ومن ورث عبداً وادعاه آخر استحلف على علمه ومن نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فإن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق وما سرق مع أنه على فعل الغير وبالمودع إذا ادعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فأما إذا ادعى علم بذلك حلف على البتات وفي صور النقض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وخرجها على الأول أن في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليماً عن العيوب فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه وفي الباقيين الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض وإذا ورث عبداً أو ادعاه آخر استحلف على علمه لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة فإن قيل الإرث كذلك أجيب بأن معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع **قال** ومن ادعى على آخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على شيء مثل المال المدعى أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه يهودي ديناً فأعطى شيئاً واشترى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن توافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن مقداد بن أسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا إلى عمر في خلافته فقال مقداد ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك فقال عثمان عند ذلك ما قال فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان وهو ينفيه ثم لما بطل حقه في اليمين بلفظة الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فأخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع إذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع أن المبيع كر من حنطة وقال المشتري هو كران فمن أقام البينة قضي له بها لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها

لانها يوجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة
اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فتثبت ما كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا
فقال البايع بعتك هذه الجارية بماية دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة
فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بماية دينار وهذا
من قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشتري بماية وخمسة وعشرين دينارا ولو كان
الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بماية دينار
واقاما البينة فهو كالاتفاق على قوليهما وقول البايع لا حق للمشتري في الجارية ثابت باتفاقهما واما الاختلاف في
حق البايع فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع
والا فسخنا ويقول للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه
جهة فيه لانهما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به تراضيا فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي
وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكر وكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى
خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري
ينكر فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قايمة بعينها تحالفا وترادا ولقايل ان يقول هذا الحديث يخالف المشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان
فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح ويبدا بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن
ابي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف اولا انه يبدا بيمين البايع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من
يطالب باليمين فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو
انسب بالمقام او لانهما تقدمت الانكار تقدمت الذي يترتب عليه ولان فايدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو لزوم الثمن
ولو بدئ بيمين البايع تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدا بيمين البايع
وذكر في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول
ما قاله البايع ووجه الاستدلال انه عليه السلام خصه بالذكر واقل فايدة التقديم يعني انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك
يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا اقل من البداءة بها وان كان العقد متقابضا وجرى بيداء القاضي بايهما شاء لانه لا
قال وصفة اليمين ذكره في الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد
اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات
دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد واذا تحالفا فسخ القاضي
البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا
بد من الفسخ لانه لما لم يثبت ما يدعي كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة ويقال اذا لم يثبت البدل بقي

فيهما

بيعًا

بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فلم ينفسخ كان قاطعا قالت في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا كانت مبيعة
وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه بذل اذ الصحة البذل في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة
لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله
او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البايع وقال زفر والشافعي رحمهما الله
يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف لان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف
فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان
التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار فان العقد يتم بدونهما ولا يختل
فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف
الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان
ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود
بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه
كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمنكر العوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام
العقد لبقاء ما يحصل به تمام ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه معلوما عنه بالعبارة لانه
صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي قال واذا اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه
فان هلك المبيع ثم اختلفا او هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا
لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ
البيع على قيمة الهالك لان الدلايل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قايمة وهالكة اما الدليل النقلي فهو قوله
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه في الحديث الاخر قوله والسلعة قايمة لانه مذكور على
سبيل التنبيه اي يتحالفان وان كانت السلعة قايمة فان عند ذلك يتبين الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في
الحال اي تحالفا وان كان كذلك بعد الهلاك فاجري التحالف مع امكان التمييز بغيره اولى واما العقلي فلما ذكر في
الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة ومع
كان فيه تفسير فاسد لانه كان قيامها يفيد التراد ولا فايدة بعد الهلاك لحاجة بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع
زيادة الثمن يعني التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع عليه بالنكول فاذا حلف البايع اندفعت
الزيادة المدعاة فكان مفيدا وانما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والاخر
بالدنانير يتحالفان ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف الدليل العقلي والنقلي فيفصل بينهما فالحاق
احدهما بالاخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض
كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام والسلعة قايمة ولا يصح ما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه بمعنى مقصود
بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى من التاكيد على انه اما محطوط على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط

واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام
السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة لان اجابتي قوله والتحالف فيدا في حال العقد يفضي
الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه وكذلك بعد هلاكها الا يرى انه لا ينفسخ بالاقالة
والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله وبالآية لا يشتغل جواب عن قولهما ان كل واحد
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا نضر بانيما يختلف فيه اذا اختلاف السبب انما
يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه وبرهانه لا يدعي
يدعي على البائع شيئا ينكره فيجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل منهما المقصود
حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على
الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله والفاية لا يجوب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه
ان المرعي من الفاية ما يكون من موجبات العقد والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته
وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا ان اعتبرنا حال قيام السلعة التحالف فايدة للتحالف وليس من موجبات
العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة
كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة
وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان البيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فايدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل
الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة
واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما
منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول
المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له واختلاف ما بين الروايتين في اللفظ لا
واختلف المشايخ في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في
الروايتين جميعا فالواصف الاول لم يخرج الهالك من العقد فكانه لم يترك فصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف
الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه يتحالفان الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله
في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه ان
يتحالفا القول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اخر زايدا على ما
اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه اذا اخذ البائع بقول المشتري صدقه
لا يحلف المشتري وكلام المص يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية
بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو الصحيح كما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق
الصلح لكان معلقا بمشيتهما قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشتري لغاية الى
دعوى الزيادة وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقوله يتحرى الملك يتحالفان في الحي تنصيص على ما سياتي وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي

وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محوج الى
معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
والجواب هو الجواب ولابي حنيفة رحمه الله ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى
بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القائم لا يمكن الا على اعتبار
حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز وتعطن مما
ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات ما يدعي ينفي القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار
مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي
يتحالفان بالاجماع وكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة ايضا دون هلاك
احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فلذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي
عقود متفرقة تتجدد بكل جزء من العمل منزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي والثاني ينفي
الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول
محمد ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ واما المختلف صفة التحالف عنده
في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ
بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة
قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا
غير لان العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك ومنهم من قال الصحيح ان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن
الذي يدعيه البائع حلف وكان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري
صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان
حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في
القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك
لان القيمة يجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني
يقسم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض
كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم
القبض كانت على التفاوت بان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما اقر به
من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على
العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما والمشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر
وطولب بوجه تعتبر قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع تعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن كما
على ذلك مسائل الزيادات قال محمد رحمه الله قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض
لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد

فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال ما ورد على كل قوم تخرج بن فلم يشتر
لم الجواب ثم قال والذي تخايل لي بعد طول تجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا
بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في
الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو غرامة
قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري
قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم
القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين وقوله الاصل فيما هلك وكان مقصودًا بالعقد ان يعتبر قيمته
يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر ح قيمته يوم القبض لانه اذا انفسخ العقد وهو مقبوض
على جهة الضمان يجب اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة انفسخ العقد في القائم دون الهالك
صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين
وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما
اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة
في قيمة الهالك والاعتبار لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان
في قيمة الهالك ثم ذكر النص ما هو على قياس شيخ الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقيه في العيون هذا قول ابي
وتقبل ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة
وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك لان كلا من اليمين والبينة يبتنى على امر جاز ان
يجتمع مع الآخر باعتبار يمكن اجتماعهما لكن ذلك يبتنى الايمان على حقيقة الحال اذ لا يلزم الاقدام على القسم بحاله
ويبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر
عنده من الدلائل وتحجبه عن ذلك وكذلك يقال فيمن جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو عالم بحال نفسه
فتقبل بينته لانه مدع في الظاهر ولذا اقاما البينة ترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار
الحقيقة في الايمان بقوله لانها يتوجه على العاقد دون الوكيل والنائب وهو لا يعتبر في الايمان هو الحقيقة
ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله وهذا اي ما ذكر في الاصل تبتنى معنى ما ذكرناه
من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعات التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير **قال** ومن اشترى جارية
ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما
يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من
الفسخ سواء فسخاه بانفسهما او فسخه القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص ما تناول الاقالة
فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ
في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض
والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه الاجرة

على البيع

على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع
غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة
فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين
المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد
من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض **قال** ومن اسلم عشرة دراهم
ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان
فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف
الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا ترى ان راس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو
كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس المال وهو ينكر
واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة فيبقى المعقود عليه قد فات في الاقالة في السلم وفيما
اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فما الفرق لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب
بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع الى الفسخ
قال واذا اختلف الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعي
الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت بينة الزوج
لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فالبينة بينة المراة ان كان مهر المثل اقل مما ادعته وان كان الاول
فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت
ما ادعته بشهادة مهر المثل وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في عدم التسمية وانه
لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو فيفسخ
فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح لنفي دعواه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح
هنا لا ينفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو هنا
موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل و
النكاح ليس كذلك لان المهر ليس موجبا اصليا فيصلح التحالف عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلل
المجوز مخلص ومخلص غيره معلوم قوله ثم يحكم مهر المثل استدراك عن قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن
يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان
كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضى بما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضى بمهر
المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال النص ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا

قوله الكرخي ان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتباره انما هو
بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما
ادعته المراة او اكثر منه وكان بينهما في خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا التحليف الا في وجه واحد وهو اذا لم يكن
مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان
مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهو اي قول الرازي الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر
ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول
الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما وقول الرازي ان ارادوا بقولهم هو
الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان
التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع وللقائل ان يقول انا لم نر
يحلفون في قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان
يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بتعين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا
يجعل حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول فانه اول التسليمين عليه
كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان
القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان ياتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر قال بعضهم ولو ادعى
الزوج النكاح على هذا العبد وادعت المراة تزوجه على هذه الجارية فهو كالمسالة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا
ثم يشهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان في سبيل الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي
فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون
الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قال** وان اختلفا في الاجارة اذا اختلفا في الاجارة في البدل اي
الاجرة او المبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعده او بعد استيفاء بعضه فان اقام البينة قبلت بينته
لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة المؤجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة
فبينة المستاجر لذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرة وذاك
شهرين بخمسة فيقضي بشهرين بعشرة وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق
القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقدي معاوضة يقبل الفسخ فان
وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر
لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الآجر ووجوب الاجرة على المستاجر بعد ايجاب الاجرة
ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به اجيب بانه ان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستاجرة
لان تسليمها لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة
بدئ بيمين الآجر لذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد

والعقد

والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما موجودا في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة
فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بتحليفهما ان لا عقد بينهما
لانفساخه من الاصل فلا يكون لها قيمة ترد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو
المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان
ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع فيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر
لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف
البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قال** واذا اختلف المولى والمكاتب
في مال الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو
قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن
فيتحالفان ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة ويجب بها البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف
في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من
مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة في الحال يعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبته
المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون في الحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي
اختلافا في قدر البدل لا غير والعبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر **قال** واذا اختلفا
الزوجان في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل
لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة وهي ما تستر المراة به راسها كالعصابة سمي بذلك لانها
تقي الخمار وكالملحفة فهي للمراة مع اليمين بشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صايغا وله اساور وخواتيم
النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك وهو لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال وما
يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء
فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال وينتقض بما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي
في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المرجح هو الاستعمال لا التشبه وهذا ليس استعمال
الاساكفة والعطارين وشاهد ما ذكرناه من الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي
دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة رحمه الله لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله
خاصة فان كون ما يصلح للرجال للرجال وما يصلح للنساء للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف
يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا اظهر فيقوى
لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء

لقيام الوديعة مقام موته وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فللرجل ان كان
حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا
بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله في الطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث وان كان احدهما مملوكا
فالمتاع للحر في حال الحيوة لان الحر اقوى لكون اليد من نفسه من كل وجه وبين المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى
وكذا قلنا في الحريين ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان
او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة والحر بعد الممات ثم قال شمس
الائمة ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمص اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت
يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة
في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي بينهما ولو كان في يد ثالث واقاما
البينة استويا فيه كما لا بين حر وحر فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع
البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

فصل فيمن لا يكون خصما

اخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون
خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرع لا من حيث الفصل الاصلي قال وقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه اذا
ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه
او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تندفع
بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا فان يدفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا
شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه
باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند
ابي حنيفة وفيه خمسة اقوال فلهذا لقب المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة
انفا ووجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم
ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بلا خصم متعذر لذلك الاصل ولانه لا يدخل
شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه
البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الاول
ممنوع لانه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل في قصر يد الوكيل عنها ولم يحكم
بوقوع الطلاق والمحضر الغائب كما مر وليس سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب
انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا والضمنيات لا تعتبر ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد
اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده
وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه وهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بالحجة لانه ليس له اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع

لانها الاثبات لليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ماله
من الظلم سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبلها
واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فلوجهين احدهما
احتمال ان يكون المودع هو المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه احاله الى من لا يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة
تضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو الوجه الثاني وهو قوله انه احاله الى من لا يمكن الى من الحق قضاء
بمنزلته لو قال اودعه رجل لا نعرفه ومن الان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله انه قال لرجل
اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرفه باسمه ونسبه فقال لا فقال عليه السلام اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة
ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه والعلم بتفريع كون
المودع غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي
المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله
والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي
انما جاء من نفسه حيث نسي خصمه لا من جهة المدعى عليه وذلك لا بد منه ومن الاختلاف انما يكون اذا كانت العين
قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج
واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه
دليل الملك الا انه محتمل غير بين فيدفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين
ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة
لا تبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم وكذا اذا قال المدعى
عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني
او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا
صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه ثبت بالبينة ان فعله فعل غيره
بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فانه ذو اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى
على غير ذي اليد وهو متردد بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة ثبت
انه لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم تندفع الخصومة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما
لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد
عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء
اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي فظهرت سرقته بعد ذلك بتعين لم تقطع يده
لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم تقض بالعين للمدعي
فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بتعين قطعت يده لظهورها قبل ان تصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا

بخلاف ما اذا قال غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه
فلان ذلك سقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته
فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة بان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين
قال وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك
قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ
فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بتعين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز
متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه روى سعيد بن المسيب
ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله عليه السلام واقاما البينة فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال
اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي رضي الله عنه
ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عليه السلام واقاما البينة فقضى به رسول الله بينهما نصفين وعن ابي
الدرداء ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال عليه السلام احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل
كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضايا نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسول الله عليه السلام
بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق
بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له وكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين
المستحق وانما لم يكن احديهما بتعين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة
لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان راه يشتريه
فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن
بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل منهما نكاح امرأة دعوى
نكاح المرأة من رجلين اما ان يكون متعاقبة او لا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما او لا فان كان الاول
اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لاحد وان كان ثمه بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغير من
البينة اقوى من الاقرار وان اقاما فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها او لا فان كان ذلك فهي امرأته لان النقل
الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح
اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا
تاريخا لم يقض بواحد منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما
اقرت له انه تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت
الاول اولى يحكى لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعد مدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك
فيتساويان لجواز ان الاول طلقها فتزوجها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق
الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به

فكذلك

فكذلك اذا اثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد احدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الاخر واقامها
على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا
فيقضى له لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين قوله وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ومر بيانه قال ولو ادعى اثنان
كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد يعني في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف رحمه الله
معناه من صاحب اليد احترازا عما سياتي بعد من المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكل واحد منهما بالخيار
ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته وان شاء رجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما
في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو
اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده وياخذ كل الثمن فان قيل لكن احدى
البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كما لا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم
يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة به
قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد
فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه
اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه لاثبات النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك
قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وهو
المانع وهو مزاحمة الاخر وقوله حيث له ان ياخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين [illegible]
الاسلام خواهرزاده انه اختيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان
لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت
مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا كلاهما في يد احدهما فهو له لان تمكنه
يدل على سبق شرائه تحقيق ذلك يتوقف على مقدمة هي ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان
ما مع اليد بعد تيقن زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب
الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه فيلزم من
ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى
ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك
ونطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب
ان كل واحد من المدعيين هنا محتاج الى اثبات الملك لبايعه اولا فاجتمع في حق البايعين بينة الخارج وذي اليد فكانت
بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى الا ان يذكر الوقت لا يدل
احتمال سبق ذي اليد قوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود
الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانها ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء
والاخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من واحد احترازا عما اذا كان من اثنين كما سيجيء واقاما البينة ولا تاريخ معهما

فالشرى اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولان الشرى يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا
بالقبض وكان الشرى والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى
احدهما الشرى والاخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشراء اقوى وكذا اذا ادعى
احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل
لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم
ترجيح بما يرجع الى المآل اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما
يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى
صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت بتصنيفه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طاري
وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة
البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة اما عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على
قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي
شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن
الشيوع في الملك المستفاد بالهبة يمنع صحتها **قال** واذا ادعى احدهما الشرى اي اذا ادعى الشرى وادعت
امراة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعين بينهما لاستوائهما في القوة
فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمراة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف
الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشرى اولى لان العمل بالبينات بهما ممكن واجب لكونها
حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعد بطل اذ لم يجز من المراة وان قدمنا الشرى صح العمل
لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة
وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قال محمد ان المقصود من كل السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا
تاخر الشرا فهما سواء في حق ملك العين وان ادعى رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاماها فالرهن اولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فكانت اولى وجه الاستحسان ان
المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض
فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته
الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه
اثبت انه اول المالكين وكل من سواه تلقى الملك من جهته او من الاخر لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف اخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الاخر ففي التوحد
عن ابي حنيفة انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى
قول ابي يوسف يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لانه يدعي اولية الملك وسياتيك تمام بيانه ان شاء الله
ولو ادعيا الشرا من واحد واقاماها ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء قضي به بينهما وان ارخا تاريخين مختلفين فالاول

اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالك
فكان باطلا وقيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت
احدهما دون الاخرى على ما سيذكر بعد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فايدة فانه لا تفاوت في
ساير الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد وغيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد
منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من اخر كان اقام
احدهما على الشراء من زيد مثلا والاخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير
كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف
العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احدهما دون الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل
على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على الملك لا يتلقى الا من جهته
فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة
الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على الملك
لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسألتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة
فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا
كان التعارض بين العقدين وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تاخر لم يضره وان تقدم ملك
فتعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقع العقدان معا ففي ذلك تعارض ايضا
فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى احدهم الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من اخر والثالث
الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من
باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من
المملكين فكان المراد مملكيهم **قال** وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ اي اقام الخارج البينة على ملك
مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه
لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كان
اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا في النتاج لان البينتين
على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء
بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشرا واحدهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما
ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي
من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه
منه يندفع الخصومة وقدم قبل هذا بينة ذي اليد في ان العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة
البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى
انها لا يصح الا بعد اثباته التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كان الدار في ايديهما وكان صاحب الوقت

في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد الاعتبار بالوقت لما بينا ان الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على مطلق الملك فوقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو
رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت احديهما كان صاحب
التاريخ اولى وتقدم وقد بينا ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع ولا دفع ههنا لانه انما
يكون ان لو تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لانه لو كان تاريخ احديهما لم يحصل التعيين بان الاخر
تلقاه من جهته لامكان ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم لما تقدم
وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما فاقام احديهما بينة على ملك مؤرخ والاخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ
عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد
لانه لم يقل بذلك والالزام بالمسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد
ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء ويقضى بينهما نصفين
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك
بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا له من الاصل وهو اسبق من التاريخ
ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن ولابي
حنيفة ان التاريخ يضامه اي يزاحمه احتمال عدم التقدم لان الذي لم يورخ سابق على المورخ من حيث ان دعوى
الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه
بعد تاريخ المورخ واذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في السبق
فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد
ساقط الاعتبار قوله بخلاف الشرا جواب عن قول ابي يوسف ومعناه انهما لما اتفقا على الشرا اتفقا على الحدوث
ولابد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فذو اليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج
اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج
واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه
الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة
ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضا بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم
يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين
ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع
الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان
ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا
فكانت اكثر اثباتا فهي اولى وقوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ رحمهم الله

خلافا

خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تهاترت البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي تيقن
بكذب احدهما لعدم تصور نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك ان محمدا ذكر في خارجين
اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله
القاضي تيقن بكذب احدهما ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا
لاداء الشهادة بناء على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة
والعاين تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج
وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على
النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى به لصاحب اليد
كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان
بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة
النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا يثبت التلقي للاخر الا من جهته ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم
اقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية
لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق اخر فان اعاد ذو اليد بينته
قضي له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق
اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضا لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا فكان القضا واقعا
على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك
وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضا كان
خطاء فانى يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن
ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضا القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاه انما
يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضا فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهنا
البينة لم تكن قائمة عند حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفعه
به انتقض القضاء الاول قال وكذلك النسج في الثياب قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من
ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان تركنا به القياس بما روى جابر ان رجلا
ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بها للذي هي في يده فالحق بالنتاج ما كان في معناه من كل وجه مما لا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه به
كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا
يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزى
وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل
ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر

عيسى بن ابان رحمه الله

من ذلك قضي به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا وقيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى
وينسج فإن ادعى ثوبا أنه ملكه من خز أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بمالها أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة
أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضي به للخارج
لأنها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه وأما في الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى وكذلك الغرس
والحنطة والحبوب تزرع ثم تغربل التراب فيميز الحبوب ثم تزرع ثانية وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به فإن
أشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه يرجع إلى العدول من أهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسئلوا
أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون فإن أشكل على أهل الخبرة قضي به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول
عنه بخبر النتاج كما رويناه فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل قال وإذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد
على الشراء منه فذو اليد أولى لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو
أقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه وإذا أقام الخارج البينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد
أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المص رحمه الله هذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد يقضى بها لإمكان العمل بهما وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض
ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولا
ثم باعه إياه لأن ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما أن الإقرار بالشراء
إقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع كذا ههنا ولأن السبب
يراد لحكمه وهو الملك يعني أن السبب إذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا
لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق للخارج لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد ثم نقضي لمن ولي ملكه لذي
الخارج فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالنسبة إليه فبقي القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان
على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم
يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما من
للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع لكن على
اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما في البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا
الإقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض
وليس في البينة ذكر تاريخ حتى يحصل أحدهما سابقا والآخر لاحقا وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر
في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لأن الجمع غير ممكن لأن الجمع عبارة عن
إمكان العمل بهما وههنا لم يمكن وإن وقتت البينتان في العقار وفيه فإما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذي
اليد وكل منهما على وجهين إما أن يشهدوا بالقبض أو لا فإن كان وقت الخارج أسبق فإن لم يشهدوا بالقبض قضي
بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه
جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه وإن

شهدوا

شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع لأنه يجعل أن الخارج باعها من ذي اليد بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين
جميعا وإن كان وقت ذي اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا أما إذا شهدوا
به فلا إشكال وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه وتخص
جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم إثبات القبض و
سلمه وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض قال وإن أقام أحد المدعيين
شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة
كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها ألا يرى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية
بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في
أصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد
لأنها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال وإن كانت الدار إذا كانت
الدار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب
النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة
والأصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر
إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه
والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا والموصى له بأكثر من الثلث وعندهما أن قسمة العين
متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة
على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير إذنه وفضولي آخر نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق
المنازعة أرباعا فقط هذا الأصل الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق ثم اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما
على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة وهما
اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه وأما على أصلهما
فلا حق لكل واحد من المشتريين في الثمن فتحول بالشرى إلى المبيع وهما افترقا فيه في مسألتنا فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق
كل منهما هو الشهادة ومتى يحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول
مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة
والتساوي في سبب الاستحقاق موجب التساوي فيه فكان ذلك النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع
الدار ولمدعي النصف الربع وعلى أصلهما حق كل واحد منهما ثابت في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء إلا
لصاحب القليل فيه مزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فإذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل واحد منهما بجميع دعواه
فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما أثلاثا
ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها المختصرات قال المص وقد ذكرناه في الزيادات في نظائر من الموصى له بجميع المال
وبنصفه عند إجازة الورثة ومن أضداده العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم

ثم رجح بما يترجح به في القسمة بين المدعيين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا تتذكر الاصلين المذكورين تسهل عليك الاستخراج **قال** ولو كانت دار في ايديهما الاصل في هذه المسألة ان دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خصم عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقاما فلمدعي جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة اي اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاما ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او لسقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة على غير وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تهاترت البينتان ويترك الدابة في يد ذي اليد قوله وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من في يده قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما ذكره محمد في الجواب وهو ان تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين يعني في الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فيجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وبقي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا اشكل سن الدابة يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله نظر الى المقصود بما ليس بشيء لان مقصودهما لا يحصل بالدعوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد **قال** واذا تنازعا في دابة اي اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لانه يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية عن النوادر واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر

متعلق

متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به وكانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فلا يكون ثابتا بينهما ولانه في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما وجاء فرق بينه وبين الدار اذا ادعياها ساكنا ما حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لانه علم ان الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد يكون بالاختطاط لدون ولذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت به المختط لم تتحول الى محل آخر فكان يد ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وههنا يد ذي اليد لا تجوز القضاء بغيره لان شرط جواز هذا العلم بان المدعي لكن بعينه التعيين ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فكل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان قال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتايد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انا عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق فيقبل الآخر بالرق من المضار الا انه اقوى الي فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين اجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا عند معارضته اياه بدعوى الحرية لانه يعبر عن نفسه وعند عدمها انتفى فيكون القول قوله قوله رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده وان كان الثاني فهو عبد لذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو من العوارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ومن الامين في الحكم من غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من لا يعبر شاهد لكونه عبدا لان التابع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث وقال بالقص وردون فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن منه في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وتفسيره ان يبيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء من الحائط ومن يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازمة عند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري

لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما توضع
للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر عليه شيء قضي به بينهما
ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه
ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما ثم يقضى بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلثة فهو بينهما
لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى
للاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللاخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار
قال فيه الحائط كله لصاحب الجذوع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع وهو مصدر مبني وقد
اشار اليه المص في رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه الحائط بينهما على قدر
الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشبات يكون
بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما نذكر وقيل يكون ذلك
على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول واكثر مشايخنا على انه يقضى
به لصاحب الكثير لان الحائط مبني لعشرة خشبات لا لخشبة ولحق قوله وهو القياس رجوع الى قوله فهو لصاحب
الثلثة يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر
نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا
على الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما
بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان
الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق بل لا يستحق به رفع
الخشبة الموضوعة دون الحائط لان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت
على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المص من جعل الجذع غير الجذعين واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان
التسقيف بما دون الجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما
اتصال وللاخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وعلى الاولى وقع في الدليل وجه
الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحائط
المتنازع فيه فالاول اولى لان صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وفي
رواية شمس الائمة السرخسي ويروى ان الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة
القضاء ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر
ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة لم يرفعها لكونها حجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي وصححها
الجرجاني ولو كان الاتصال طرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وكذا
روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد اخر بيت واحد فالساحة
بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها

ولا معتبر

ولا معتبر بكون احدهما اخرج او ادخل دون الاخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا
في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الاخر هدبة بحيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم
بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه
اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والاخر كالاجنبي عنه والشرب يحتاج اليه الاراضي دون
الارباب فبكثرة الاراضي كثرة الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه واما في الساحة فالاحتياج
للارباب وفيما فيه سوى فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث
يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار قال واذا ادعى رجلان ارضا يدعي رجلان ارضا كل واحد منهما
انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا
يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب
عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت
انها في يد الاخر فلم يكن خصما اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد وان كان خصما للغير باعتبار منازعته في
شيء شرعا كانت بينة مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه
خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة
على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب
القسمة وهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة وهم كبار فاقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم
والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم
وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا
قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة
والعقار غير محتاجة الى الحفظ فلم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد
منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد
وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد
بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي
كان في يد صاحبه لنكوله وان ادعيا ارضا صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما لبن
فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس
في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول
لكثرة وقوعها فكان اهم ذكرا فقدمه قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع اذا ادعى ولد الجارية
البيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه
على ثلثة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من
ستة اشهر فقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له في القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله

دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت
أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها وإذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب إلا أن الجارية تبين دون الدعوى
ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا فنزل
ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفاء جواب عن التناقض وذلك لأن
الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض ولأجل ذلك العتق والنفس
وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا وإذا صحت الدعوى استندت إلى
وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن لأنه كان مقبوضا لأنه قبضه
بغير حق وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لأن دعوته دعوى تحرير والمشتري يصح منه التحرير
فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب والحرية ويثبت لها أمية الولد بإقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لأن
الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وإن ادعياه معا يثبت النسب من البائع عندنا لأن
دعوته أسبق لاستناده إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوى تحرير فإن أصل العلوق
لم يكن في ملكه والتعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لا يتصل الأولى على الحال دون الثانية وكان
البائع أولى قوله ومن دعوى الاستيلاد دعوى تحرير خلل تقديره كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجهه أنها
دعوى استيلاد وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك بخلاف دعوى التحرير على
ما يجيء وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد عن النسب وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت
البيع فإما أن يصدقه المشتري أو لا فإن كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لأن التيقن على كون العلوق منه باتصال
العلوق بملكه لم يوجد يقينا وإن كان الأول ثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لأمره على
الصلاح ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا
حقه في الأم فلا تصير أم ولد له إذ لم يتصور ولم يبق الدعوة في الولد دعوى تحرير وغير المالك ليس من أهله
والبائع ليس بمالك وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته وإن ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشتري
لأن البائع كالأجنبي وإن جاءت به بين المدتين فإما أن يصدقه المشتري أو لا فإن لم يصدقه لم يقبل دعوة البائع
فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وإن صدقه المشتري ثبت النسب ويبطل البيع والولد
حر والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وإن ادعاه المشتري وحده
صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى ويكون دعوته
دعوى استيلاد حتى يكون الولد حر الأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن وإن ادعياه
معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي هذا إذا كانت المدة معلومة أما إذا لم
يعلم أنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثره أو ما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضا
في دعوى البائع وحده لا يصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة
لاحتمال كون العلوق في ملك البائع إن جاءت به لأقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وإن ادعيا معا لم يصح

دعوى واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة
كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فإن قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في
وجه واحد فكان المشتري أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وإن ادعياه متعاقبا
إن سبق المشتري صحت دعوته وإن سبق البائع لم يصح دعوى واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل
واحد منهما قال فإن مات الولد فادعاه البائع الأصل في هذا أنه إذا حدث في الولد ما لا يحتمل الفسخ منع فسخ
الملك فيه بالدعوى وينفي ثبوت النسب وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم
يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه الاستيلاد
الأم وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر ثبت نسب الولد منه لأنه أصل لإضافتها
إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية
القبطية ابراهيم من رسول الله عليه السلام ألا تعتقها وإن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى
وإذا لم يكن في الأصل ما يمنع الدعوى لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد
ولا يرد حصة الأم وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها
المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر في المبسوط رواية الجامع الصغير علامة لأن حكم الإعتاق فيما تقدم فيه حكم الموت
فلو أعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة
الأم فما أصاب الأم لزم المشتري وما أصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما تقدم وكذا لو كان
المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري في دعوته وذكر الفرق استظهارا لأنه كان معلوما في
مسألة الموت والأصل في هذا الباب أعني به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق
للولد بالنسب والأم تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الأول يعني فيما أعتق المشتري الأم قام المانع وهو العتق
من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الأم ولا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد فإن قيل لم لا يمتنع الدعوة من الولد من
العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع وحكم ثبوت النسب
للولد صيرورة الأمة أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري أجاب بقوله وليس من ضرورته أي
لكن ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور فإنه
إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فإنه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب منه
وليست أم ولد له وكما في المستولدة بالنكاح بأن يزوج امرأة على أنها حرة وولدت فإذا هي أمة وفي الفصل الثاني
وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع بأنه ولد قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته أي ثبوت ما ذكرنا
وهو العتق والاستيلاد فيه وفي التبع قوله وإنما كان الإعتاق مانعا بيان أن النقيض عتق الولد من ثبوت النسب
بدعوة البائع ومعناه أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الأم في أن كل
واحد منهما لا يحتمل النقض فيستويان فيبطل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من أنه الوجود وإذا باع جارية حبلى فولدت
ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما

جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما يرى واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد من ضرورة
ثبوت نسب احدهما والحكم بحريته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت العتق
في احدهما من ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب
والمفروض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزم منه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر بين فان عورض
بان البايع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا يعتبر
قوله من الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت
للبايع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو
فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس من ترجيح بل هو جمع
بينهما وفيه نظر لان الغرض الحقيقة ولي في الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان بين الحقيقة
فيها شبهة لان مسلما علمه اهل الحرب استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو موجب فيه فانحطت عن درجة الحقائق
فقلنا ياخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وهو عدم
جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد بان ما نقل من الجامع الصغير قوله وقد اعتق
المشتري الام فهو يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الايمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد ما يخص الولد من الثمن بخلاف
الموت وفرقوا بينهما في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولد حيث جعلها معتقة للمشتري ومن جهته فلم يبق
لزعمه عبرة واما في فصل الموت فموتها لم يكذبه بخلاف ما زعم البايع فيبقى زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي
اختاره المص رحمه الله هو ما ذكر شمس الايمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصل
وكيف كان الثمن والبيع لم يبطل في الجارية وانما لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن
لحدوثه بعد قبض المشتري والحصة للولد الحادث بعد القبض اجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى
فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة قال ومن باع عبدا
ولد عنده والاصل في هذا انه اذا حصل في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنعه الدعوة فيرد على من اذا باع عبدا كان ولد
عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتمال النقض
وما للبايع من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها
ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض يحتمل النقض فينقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير كما تقدم وبخلاف
ما ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض
فصار كاعتاقه ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان واما الدعوة من المشتري
ومن البايع فمتساويتان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين الترجيح فيمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العلوق والدعوة في عدم
احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البايع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن
ثبوت النسب في وقت لا نزاع له فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر

وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الايمة يجوز
ان يقال غلامان توأمان وتوأمان وقوله ويبطل عتق المشتري اي كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح
فلا حاجة الى التأويل وكلام المص ظاهر وقد تقدم الكلام فيه من الوجهين قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك
يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البايع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق
وهنا اي في مسألة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشترى تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير
لحريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله
لحريته وانما ابدل به اشارة الى سببها اليقين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد
والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لم
يكن اصل العلوق في ملكه يعني لم يوجد شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجاز القوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد
التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على المحل ولا يتعداه فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوأمين وابوه
الآخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على المحل ولا شاهد
مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي كان هو الابن فالابن قد ملك اخاه
فيعتق عليه وكان هو الاب فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال واذا
الصبي في يد رجل اذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغايب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم يصح دعوته
في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا اما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما مستقبلا فلان الغايب لا يخلو
حاله عن ثلاثة اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا يصح دعوته بالاتفاق
لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا
الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا الوصي اذا رده العبد كان وجوده
وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يوجد الاقرار وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه
البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على
اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا
يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر
عن الرجوع فيما اذا اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وبتكذيب العبد لا يبطل شيء
منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يبطل
على بطلانه ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد
لنفسه فانه لا يصح وكذلك ورد عليه المص وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله
ومسألة الولاء جواب عن استشهادهما بها بانها على الخلاف فلا تنتهض شاهدا ولئن سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب في صورته معروفة وانما لا يبطل اذا تم بسببه وتم بتقرر لانه
على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري ان الملك

لقيامه في الحال وكان دعوى الولاء مصادفا للمحل لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب
مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة
بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره **قال** وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي بين مسلم
ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح
يستدعي التعارض ولا تعارض هنا لان النظر للصبي واجب وقد نظر فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف
الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه
اكتسابها ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت
ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى كفر اباءه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان
الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن
ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم وهو يدعي النسب لا الدعوة لا يحتمل
النقض فتعارضت الايات وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثيرة فكانت اقوى من المانع
وكفر الاباء مع وجود الاصل عدمه الا ترى الى ان انتشار الاسلام بعد الكفر في الافاق وبترك الحضانة لا يلزم
رق فيتعلق بها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة والله اعلم بالصواب
فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين وقد قضى بغلام لنصراني بالبنوة ادعى على نصراني
ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم
يترجح جانب الاسلام واحتيجت البينتين واستويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة المسلمين
حيث انه يثبت حق النفس لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالد
لا يعير بعدم الولد وبينتهم تثبت حق النفس اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه
تقوى بقوله عليه السلام البينة على المدعي لانه اشبه المدعي لكونه يدعي حق النفس **قال** واذا ادعت
المراة صبيا اذا ادعت المراة صبيا انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات
زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة
امراة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه
اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت
الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقال ابو يوسف ومحمد يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة
وقد تقدم في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا
لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا
لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من ادعى امرا امكن اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة
والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها امر يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على
الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار بعدم التحميل على احد غيرهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا

لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له انها صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر **قال** ومن اشترى جارية
فولدت ولدا فاستحق اي ثبت دعوى النسب مسئلة ولد المغرور والمغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم
تستحق المراة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف في الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل
والخلاف انه مضمون على الاب لان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام بالغلام والجارية
بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتها
واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث بقيمة الغلام والجارية
بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه
نظرا لهما قوله ثم الولد حاصل بيان سبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان
كولد المغصوبة لا انه لا تضمن الا بالمنع وتقييد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن
الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا تضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس
بدلا عنه وكان الارث لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق
الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في
حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فانه لو قتله الاب ضمن قيمته بوجود المنع ولو قتله
غيره فاخذ ديته لا تسلم له بل لكسالة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد
على بايعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبايع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع
وهو الامة لان الغرور شملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن
البايع ضامنا لسلامته

كتاب الاقرار

قال في النهاية لما ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما ينفع من الكتب عن الاقرار والصلح والمضاربة
والوديعة ظاهر التناسب وكذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب الخصومة
والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد حصول المال اما بالاقرار
او بالصلح فامر صاحب المال بالمال اما ان يستربح منه او لا فان استربح منه فلا يخلو اما ان يستربح بنفسه او بغيره وقد
ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم
يسترح فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لا يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره
وهو الوديعة **قال** اذا اقر الحر العاقل البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما
كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وحكمه انه لزم على المقر ما اقر به
لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد المعقول بقوله عليه السلام اغد
والالزام في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات
فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما بينا انه من اخبار وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر
على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجيح جانب
الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد الذي ينافي الصلاحية للحجية

وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره
بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان من حقه ان يقول لانه اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر
بحق لزمه ومثله صحيح واما غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه فلا يرد عليه شيء ويصح ان يقال انه يعني
وانما لم يبين التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له لمعنى
ان اقرار الحر دليل ذلك المجموع والتمييز في اقرار المحجور عليه اي اقرار المحجور عليه غير موجب لتعلق الدين برقبته لان ما في يده ملك المولى
فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما
يلزمها وهو من توابع التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها
معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة
بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية والادمية لا تزول بالرق ولا بد
من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم
الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فان جهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق والحق
قد يلزم مجهولا بان يتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه
فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم مجهولا فالشهادة قد
تلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف
جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف
واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالبيان وفي بعض النسخ بتصحيح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان
فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار
وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلسا او جوزة نحو ما
انساع عن المنزلة واذا فات ساعد واخذ والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر
وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال
حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق
والاول اصح لان الغصب اخذ مال الحكمة لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة
او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك وكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح
لانه مما يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق
على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف وعدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة
بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله ليقولا على العادة **قال** ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه
قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الا انه لا يصدق في اقل من الدرهم والقياس قبوله لانه
مال والوجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا الغاء

لوصف

لوصف العظيم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه
غنيا فلا بد من البيان لنصاب زكوي بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب
يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير عشرين مثقالا وفي الدراهم مائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا
قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل
من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب اعادة
اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة قال في النهاية والاصح على قوله انه يبنى على
حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام
فالتقدير بثلثة نصب اي من نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع وان قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند
ابي حنيفة وفي اقل من مائتين عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل
عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة واقل
منه كما في السرقة والمهر وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في
الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فنعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل بها حكما لان
النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة الدراهم مميز يقع تمييز العدد واقصى ما ينتهي اليه
اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة درهم والف درهم فيكون العشرة هو الاكثر
من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه اولى من العدول
الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين
اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد
متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع **قال** ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد
والاصل في استعماله الاعتبار بالمفسر في النظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وليس
ذلك بباطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر ونحو ثلثة عشر ولم يزد على
ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان احدا وعشرين فان ثلث بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربع تزاد
الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل
المقر بهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لان الايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق
موصولا لا مفصولا قال المص في نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما
حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب
وضع المسئلة ان يذكر ما ذكر القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري
الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر قوله ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او صندوقي
فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة
ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين ووديعة او وديعة ودين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه

الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري

ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وايهما اثبتنا لا يجوز وحمل الدين على الوديعة
حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال الرجل له علي الف درهم
فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا
كان راجعا الى المذكور اولا فكانه اعاده بصريح لفظه فيما قد كلامه في الاولين بالكناية يرجع الى المذكور في الدعوى
فكانه قال اتزن الالف التي لك علي وكما لو اجاب بنعم لكونه مستقلا حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم
انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال اتعدون انا للناس ولكسب المال واترك الدعوى الباطلة او تعادا
وانتقد للناس دراهم واما في قوله اجلني فلان التأجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فان القضاء
يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو
قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب ولو قال له علي
الف الى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق
كما اذا اقر بعبد في يد غيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه
يصدق لان السود صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسألة في الكفالة ويستحلف المقر له
على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة
لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي رحمه الله
لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير والتفسير لبعضها لان الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس
بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين
انهم استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما تكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة
الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات
حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا يثبت في الذمة اصلا
فلم يكثر ثبوتها فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند ضرورة
وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها
بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب
لم يذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لان الاثواب لا يصلح
تمييز المائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد **قال** ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة الاصل في جنس هذه المسائل
ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة
وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل وطعاما في سفينة وحنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء
وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزمه
الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيء لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما
في جريرته الثاني لان الثاني لم يصلح ظرفا للاول لكنه آخره ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة

غيره

يذكره

يعني ان الاقرار بهما جميعا لا يلزم الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما
في بيت لان الدابة والطعام مضمونان في ضمانه بالغصب لا الاصطبل والبيت لانهما خلافا عندهما لانهما غير منقولين والغصب
الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى غصب العقار
والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين
بالثياب والاسرة والعيدان بضم العين جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الاصل المذكور قوله لان
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب لزمه
الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة قوله عليه ان كل ثوب موعى ليس بوعاء
معناه ان المجموع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى باخواته والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان
ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون
في بعض البين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا ازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم
وزنا اذا جعلته الف جزء لم يزد حتى يصير قيراطا وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

فصل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط **قال**
ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر بحمل فاما ان بين سببا او لا فان بين فاما ان يكون سببا صالحا او لا فان كان
صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عاينا حكمنا به فكذلك باقراره
ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم بها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار
بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك وكما اذا جاءت به
لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان ذلك الاقرار
في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا
ذكرين او كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب
غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصور هذا من الجنين حقيقة وهو ظاهر ولا
حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه
بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطاء ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب ذلك
لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي ومن يأذن له القاضي واذا تصور
بالنائب جاز ان يضافه الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف
وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله
لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له
اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة او الصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا
لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد
المتفاوضين عليه فاضيف به السبب الى الاقرار والعبد في حال رقه فيه بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية

او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد واوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه
ورث الجارية عالما بوصية مورثه ولهذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وصية للمورث في مدة الصورة لانه لا يرث
في الحمل لانه يرث في الحامل ايضا ومن اقر بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه بما اقر به لوجود
الصيغة الملزمة ويتمحض قوله على نحو والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لانه خبر ان كان صادقا فهو
مطابق للواقع فلا معنى باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثيره
في عقود لتتغير بصفة العقد ويتخير بين فسخه وامضائه **باب الاستثناء وما في معناه** لما ذكر موجب
الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثناء
استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال
ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما الرجوع الباقي فلان الاستثناء
مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول
واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول
ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو نصا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم
بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل
باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا
كان او مفصولا لان استثناء الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا
كان بغير ذلك فانه يصح قال المص في الباب الاول من كتاب الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء
بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو
قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول
امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر
الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك
اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى اساسا
فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح
الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلث ومع
هذا يجعل كانه قال انت طالق ثنتا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز
حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا
ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى المسئلتين وعدم لان الكلام السابق
يشتمل على الدينار والقفيز وذلك ظاهر وعلى الثوب وهو غير ممنوع لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ
وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية
فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المص كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى

والمستثنى منه شرط عندنا ففي ايضا وهو الحق وقد اشار رحمه الله بكلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء
عنده يعارض الصدر وليس بشرط المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة
نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فنحتاج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول لمنا ولابي حنيفة
وابي يوسف ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان الدرهم تناول الدراهم وغيرها
لفظا لا بل ثابت فيه احدهما انما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا تناول الكل على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهي
الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب لان الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت ثبتت
في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا
صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار تقديرا مستثنى
من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجوز مطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو في معنى السلم
ثيابا موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى
توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة
والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب التعيين الاستثناء
يقتضي حقيقة التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات **قال** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
نعم قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف
او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع
الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط
فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق
بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما انه شرط لا يوقف
عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس
الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون تحته دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه
المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان
الا بناءها فانه اي فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى
تناوله اللفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته البناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ الدار لم يتناول البناء
مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا وهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري
واما الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء
في الدار لانهما تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه
لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال بناء هذه الدار لفلان وبني البيت لي
كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة
لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء

بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء
كالاقرار بالدار وهذه المسائل تخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني
ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان
كان بشخصين فان تقدم التابع فقال بناء هذه الدار لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح
جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع
فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر لاحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي
كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار
فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي الف درهم من ثمن
عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له
فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة
وفيه نظر لانهما اذا تصادقا ثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر وبتسليم العبد على
المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما على
من غير ادعاء وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك
وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود
وصار كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال الاخر بل استقرضت مني ولا تفاوت في ذلك بين ان يكون العبد في يد المقر
او المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه لا يلزم المقر شيء لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا
لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفيه ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر والمقر له فانه اذا كان في يد المقر
يأخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد اخر تحالفا لان المقر يدعي
تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكر واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم
لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع
عما اقر به فان اقراره صحيح رجوعا الى كلمة علي وانكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة
كانت كالجهالة الحالة العقد او طارية كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع لعدم
القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن واخره يوجب سقوطه فكان
رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة او لا فان صدقه فالقول
للمقر في عدم القبض كما سياتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل
لم يصدق لان اول كلامه موجب واخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما
يصح موصولا والموعود هو معنى قوله بعد هذا انه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد
قوله وبه لا يتاكد الوجوب اي يجب بوجود السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض
المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتاكد بالقبض والمدعي يدعي

القبض والمقر ينكر فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد
من جواب فقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو
قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول قوله لم يصح لانه في بيان التعليل وليس فيه
اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب فالحال انه بمجرد السبب
لا يتاكد لكنه يتاكد بالقبض فكان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه بيعا وفي
بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من
ضرورة البيع القبض ولذلك لم يوجب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط
بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المص وفيه نظر فانه انما كان كذلك
ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير
ولو قال له علي الف درهم من ثمن خمر او ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل او فصل
اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على
المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه
الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر كلامه
بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كما اذا قال في اخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته صيغة التعليق
والتعليق بمشيئة الله اصل كلام الناس متعارف كالارسال فكان من باب البيان وههنا لو حمل عليه حكم الارسال مع صيغة التعليق
لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال
له علي الف من ثمن متاع او قرض فهي زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي
حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق وان فصل فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص لكن على
اصح قولي ابي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء
وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى
الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه
لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرهما اخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط
والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة
عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فلم يكن دعواه بيانا بل تكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال
بعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست
من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواه رجوعا عما اقر وقوله الا انها وزن خمسة
جواب عما استشهد به ووجهه انه ليس كما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف
واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فقيل لمن يستثني الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من بيع
الا انها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب

فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما صفتان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم
عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى
مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط
او رديئة فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض والقرض يوجب مثل المقبوض
والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف
والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وبغير الاصول الامالي والنوادر والرقيات
والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر
لم يذكر هذا في الاصول وقد اختلف المشايخ فيه قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد
وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى
الاستهلاك المحرم فصار بمنزلة ما لو بين سببه تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي
زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصبت الجياد
ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض لان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه
نظر لانه تقدم في قول ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل الا موصولا قال ابي
ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا
بها من حيث الخلقة فيكون نوعا كالرداءة في الحنطة وقد لا يكون ويجوز ان يكون نوعا وعيبا والضابط في
ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانه لما اقتضتها
تعينت بها فلا يمكن ان يكون الزيافة نوعا منها لتنافيهما لكنها تنافيها في التضاد فكان عيبا لانه ضد السلامة عيب
واذا لم تقتضها كانت نوعا من مطلق الدراهم لاحتماله اياها احتمال الجنس الانواع هذا والله اعلم بالصواب قوله وان قال
اي والحال ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء رادا المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له لما ان الاختلاف حتى وقع في صفة
المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب
للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا صدق
لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن كلامه يحتمل مجازا فكان بيانا مغيرا فلا يصح الا موصولا ولو قال في هذا
كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الفا الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء المقدار وقد تقدم بيانه
ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء
في اخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه قال ومن اقر بغصب ثوب ثم قال
تقدم وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم وديعة اعلم ان المتكلم اما ان يدل على فعل
نفسه كقوله اخذت او يشهد على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول فان كان الاول يوجب الضمان نحو قوله اخذت
وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى بذلك الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان كذبه

وادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر
انكر فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الاخر غصبا لم يضمن
والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه فانكر الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو
الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع فقد يكون بالتخلية سلمناه
لكن قبضه بدفعه فلا ينظر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله فالقول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك
معروفا للمقر اما اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب
الاستحقاق عليه قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة
قوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة ان رده قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله
فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد انه باي طريق كان كما لو قال المشتري عبدي لك الا اني لم اقبض الثمن
ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الاخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه كاللقيط فانها وديعة في يد الملتقط
وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله ليس مدار الفرق اشارة الى الرد على
الامام التمرتاشي فيما ذكر ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيما اخذتها منه فيجب رده وجزاء الاخذ الرد وقال
في الاجارة واخويها اي العارية والسكنى فرد ما علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع
الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واخويها ايضا وانما الفرق الصحيح
ذكره في الكتاب وهو ما اي الذي ذكر في الاجارة واخويها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته
الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم واذا اقر باقتضاء
الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان
ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما ادعى عليه من الدين مقاصة والاخر ينكر اما ههنا يعني في صورة الاجارة واخويها فالمقبوض
عين ما ادعى فيه الاجارة ونحوها فافترقا وعليك تطبيق ما ذكرنا بما في المتن لنظم التقديم والتاخير الواقع في كلام
المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

اخر اقرار
المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخر لان المرض بعد الصحة قال واذا اقر المريض
في مرض موته اذا مرض المريض الذي ... حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امراة تزوجها
بعلم معاينة ولا خبر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المعترف بها
قال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر
عن اهل ذي الذمة فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة ومناكحة وانما
تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك
بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق
بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله والزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه
دين فيقدم ... التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع

من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوديعة في المرض صحيح وفيه ابطال حق
بقية الورثة اجيب بان استحقاق الورثة للمال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا وهو الموت
بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح
والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة
كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني النكاح من الحوائج الاصلية
حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج بشيخة فانية او رابعة جاز وليست
بحاجة اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا
للحال فان الحال مما لا يوقف عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا يبطل حق الغرماء لانه يتعلق
بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار
المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق
التثمير فلم يحتج الى تعلق حق الغرماء بماله ومنه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به خوفا عن التوى
فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء
الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني ولما علم بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه
حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد بخلاف حالتي الصحة فمعتبر الاقرارات جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى
حال اطلاق وهذه حالة عجز فتفترقان فيمتنع تعلق حق غرماء الصحة بالمقر له في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في
اول المرض عن الاقرار في اخره ومن الدليل فان الفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة
الاسباب فقال وما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيتقدم على المقر به ويصير مثل دين
الصحة لا يتقدم احدهما على الاخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره قال
ولو قضى بعض الغرماء لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا
يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال
حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي رحمه الله
سلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الاخرة و
التصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى من الثمن
استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه المتوصية مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم
ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى
محل يعدله اذ ربت لو ربا استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع كان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء
الصحة لامكان لذا ذكر دين لما دخل البدل في ملكه فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف
ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد في حق غرماء الصحة
فان لم يبق لهم حق ظهر صحته وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان يتناول كل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير

وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل التبرع تصرف
المريض على الثلث بقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما
في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سياتي ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لانه يرفع الحائل
بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال
ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة
وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض
غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث
كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة
فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا لان الابن لو ادعى
كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين
وهو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر وراويه رواه عنه اذا
اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه
الورثة وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله
في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ونحن ذكرنا او دينا الا
بوارث وما اجبنا به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الامال
وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها نوع تهمة بتخصيصه والقرابة يمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق
الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه لا تخصيص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق
الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل
فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع
المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح
ولم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به انتفاء التعلق حق بقية الورثة
فاذا صدقوه فقد ابطلوا حقهم فصح الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح
وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسألة معلومة مما تقدم الا انه ذكره
تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا في قدر الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه
كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف
فنفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم حتى ياتي على الكل فان قيل المريض حق التصرف في ثلث ماله دون اجازة
الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لان جميع المال بعد الثلث الخارج جعل كانه
هو الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل
تصرف المريض فيما تقرر فانما انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض

وصيته بل الثلث محلها الى آخره فافترقا **قال** ومن اقر لاجنبي آخر المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون وارثا
اما مستمرا او غير مستمر وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة
الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره وما لغيره فاما ان يكون بسبب الارث مما يستند الى وقت العلوق ولا واما ان لا يكون
اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه فيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا
لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان لانتفاء الحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد
او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا الا زفر لانه بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي
وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة
فلعله لتتمكن من التهاون باب الاقرار للوارث مسدود فلعلها قدمت على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على الميراث ولا تهمة في الاقل
فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر
اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث
لا يصح وقد تبين بموت الحاجب انه فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره
وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان المستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط
كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس
لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات
وجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سببها اعني الوراثة عند الاقرار
وجدت التهمة والعقد المتجدد قايم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان الزوجية لم تكن متقررة لاحتمال زوال
النكاح فلم يصح الاقرار **فصل** ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار
بالولد ثلث شرايط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته
من غيره وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما
في باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله
على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين الخ
بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او
اسفل جائز وسواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فيتحقق المقتضي
وانتفى المانع فوجب القول بجوازه ومن الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء
ورواية شرح الفرايض للامام سراج الدين المصنف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي في
ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته وقد عرف صحته
بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج ولا يحتاج الى انها اقرت بما يلزمها الخ وقال في المبسوط واقرار المرأة
يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والام في ذلك لما ذكرنا ولا تقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج

لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان تصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة
بالولادة لان الفراش قايم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق **قوله**
وذكر في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى من بينه ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج
واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من
تصديق هؤلاء والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع
سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت
الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت ومن آثار النكاح الا يرى
انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما
يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة
عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت
والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا
يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة
الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة
لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم
لجواز ان تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره **قال** ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ
او العم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض
والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه
لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه قد تضمن التسبب استحقاق ماله بعد موته لان الاول
اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في ماله بنفسه عند عدم الوارث
ولهذا حتى لو اوصى بجميعه يستحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم
يثبت نسبه بني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت
نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة وان كان المقر اخا لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء
على ما مر من الاصل ان الاقرار بما يتضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في المال او لا يثبت في الاول فلم يثبت
ولذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه الاخ المعروف فيه اعطاه المقر
نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في حصته
وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر
كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية **قال** ومن مات وترك ابنين وله على آخر
مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا ان الاقرار على نفسه
وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ويحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة

ويقبض الخمسين من الغريم لان من اقر بالدين على الميت لزمه الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر في الدعاوي
تقضي بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه بحصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين
نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم
قسمة الدين قبل القبض وهي الجواز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين
قبل الورثة لم يثبت على غريمه الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر
قلنا في زعم المقبوض على الزكاة كما في زعم المقر والمنكر هي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا
بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقربه الى نصيب المقر خاصة ولهذا كان المقبوض مشتركا بينهما اجاب
بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر
يؤدي الى عدم الفائدة وهو الدور وذلك لانه لو رجح المقر على القابض شيء لرجح القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض
شيئا وانما قبض الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في ضمن الاقرار فيرجع لتمام حقه ويرجع الغريم على المقر باقراره
بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ولقائل ان يقول اذا كان مزعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان مزعمه ان
اخاه في اقراره ظالم وهو بما يتضمنه حق منه مظلوم فلا يرجح على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره واجيب ان المظلوم
لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظلم بل طالب لتمام حقه والله اعلم

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيد وهو اسم للمصالحة خلاف الخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع
لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بما عليه وقد بيناه في التفريع وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه
الاعتياض وسيأتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم
والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت فلا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه
اسقاط البعض الحق وهو تمم بالمستحق بخلاف الاول لانه طلب البيع من غير وهو طلب البيع من غير فقال ذلك الغير
بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحمله ذلك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا او وقوعه للمدعي
عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غير ان كان مقرا وان كان منكرا فحمله ووقوع البراءة
عن دعوى المدعي احتمال المصالح عنه التمليك والا فنوعه بحسب حال المدعي عليه وهو للزوم في الكتاب وبحسب
الدليل على التسوية العقلية على ما مر ذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة قال الصلح على ثلثة انواع الحصر
على نوعين الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت ويتكلم بجيبا وهو اما بالنفي او الاثبات
لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى الصلح خير فانه بالطلاقه
يتناولها فان وقع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا
والصلح خير وكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لاجناح عليهما
بصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير
كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فدخل تحته الكل وان صرف الى الكل تعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح الموجح
وصلح المدعي تنازعا على آخر وصلح المدعي على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الاولين وهو الصلح عن اقرار

اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع بما نع لا يستلزم تركه عند عدمه وقوله عليه السلام كل صلح
جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح
احل حراما وحرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه بذل المال لدفع الخصومة
ومن رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وقال عليه السلام وسيأتي في الحديث وهو قوله عليه السلام
كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل الغرض احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا
تيسر والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو عمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان
كالصلح على غير لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فاذا رد على المأخوذ الى الغائم الحق كان خلافا كلا
للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعي عليه منعه قبله وحل بعد فرقنا ان المراد به ما كان حلالا او
حراما لعينه ولان صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضي بجواز لوجود المقتضي وانتفاء
المانع لان المانع اما ان يكون من جهة المدفوع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي يأخذ
في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعي عليه بذله لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا
مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا شك لانه لم يجوز لقوله عليه السلام
لعن الله الراشي والمرتشي وهو علم لانه محمول على اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا
دفع الرشوة حتى اخرج اليّ حلال وثيقة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع
وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يجوز الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا
للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه يصرف لانه صالحه على
الدراهم على الدنانير والمقبض شرط فيه في المجلس قال فان وقع الصلح عن اقرار لزم وكان عن كل على ما اعترفه
اما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال من الجانبين فيما في حق
المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسد بجهالة
المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة ودون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ومن اليمين على ما مر تفصيله
فيما تقدم الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار ما عليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو
جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل
والمدعى عليه حقا في ارض من المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا
على ان يدفع احدهما الاول وليد يتنه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه الدار عاه لم يجز واما ان يكون
عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كالمدعي حقا في دار في يد رجل وله بينة فاصطلحا على ان
يعطيه المدعي الف معلوم على ان يسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا
اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى
لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كل حالة افضيت الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم في

المفسر فما لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم جازت وما يحتاج فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في
معنى البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز
استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فلو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان
قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة
واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى
المعاوضة لما بينا ان المدعي ياخذ عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها
اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد
في حق ثالث وكعقد النكاح فانه يحل في حق امرأته ويحرم المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع
الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع
ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال واذا صالح عن دار او صالح
عن دار عن انكار او سكوت لا يجب فيها الشفعة لانه ياخذها اي المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لانه
يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان
على دار لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه
يكذبه فصار كما لو قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع
المدعى عليه على المدعي بحصته للمستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق
في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه
مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق
ظهر ان الخصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه دفع المال الى الكفيل
على غرض دفعه الى الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض
بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم استحقت
فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع
وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت
الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في خيرة في دعواه فكان الدفع باختياره
ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصته
المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه
في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق
المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه ما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم
فيرجع ببدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت

ق

اداء

يرجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح اما اذا
اجري كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار
ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق
للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك
بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار فان
كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال وان ادعى حقا في دار
هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها
كبيت منها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي ويقبل بينته لانه استوفى
بعض حقه ولم يبرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه
لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء وان لم يفد عينا فدعوى والابراء عن
الدعوى صحيح فان قال المدعي ابرأتك عن دعوى هذه العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيل بقوله على
قطعة منها لان الصلح اذا وقع عن بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين
من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه
اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المص والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح لو كان على قطعة منها ان
امر ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي ويلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل
ان يقول برئت عن دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك
وجاء ببينة لم تقبل وذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه
الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الضمان لا عن الدعوى
وقوله برئت براءة عن الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات
في تعليل هذه المسئلة ان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك
بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريا ونعلم من هذا التعليل ان قول صاحب
الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر فصل لما فرغ من ذكر مقدمات
الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال والصلح جائز عن دعوى
الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف
العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا ادعى سكنى
دار فمات وادعى الموصى له بالسكنى فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة
فكذا بالصلح واذا صالح عن جناية العمد والخطأ صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء قيل ونزلت
على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق
الصلح فاتباع اي فليكن من الولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء

اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل
العمد واما المعنى الآخر فهو مروي عن عمر وابن عباس فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه الذي هو المقتول شيء من القصاص
بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف
اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي
وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في
الصلح قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى الفرق عن محل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث
ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه صح ما صلح
ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت
صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالح على خمر او خنزير لا يصلح لانه لم يصلح صداقا فالجهالة فكذا بدلا ولا يستقيم لزوم
العكس فانه غير لازم وهذا هو المتن من الابتدائي الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا
وانه اذا صالح على ان يعفو عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا فان من كون الصداق
مالا منصوصا عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض
فيه متقوما حتى صلح المال عوضا عنه فجاز ان يقع عوضا عن قصاص آخر قوله الا انه عند فساد التسمية
استثناء من قوله انما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني كذلك اي لكن اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما
ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي لم يرض
بسقوط حقه فيصار الى بدل المسلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه
بعقد وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لم يسم الا ما لا يتقوم فصار كما لو سكت
عنه بيانا ولو سكت فهو العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين
اي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح يجب مع السكوت عنه حكما قال الله تعالى
قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وموضعه باصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضروريات عقد النكاح فانه لا شرع
الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كأن لم يسم مهرا فيجب مهر المثل وكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته تعيين
فانه يصح بلا تسمية شيء ولم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو من له
الحق فيصح ان يجعل به وليس من ضروراته ويدخل في الطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جنايات العمد الجناية
في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة
حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك
رشوة حرام واما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل
فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال
احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بغير معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه
من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض

عن الاخذ

الكفيل

عن الاخذ بالشفعة وهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول له
وصالح الكفيل على شيء من المال على ان يبرئه المكفول له ويخرج عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال وهل يخرج
ببطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وهي رواية ابي حفص وهو ينبغي
لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت العقود وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا يبطل لان الكفالة
بالنفس قد يكون وسيلة الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقطه حقه بعوض لم يسقط مجانا واما
الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا
والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر
الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر
الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي كانت زيادة ابطالا لبدل القصاص لان على ما كان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه
اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا
قتل عمدا وآخر خطاء ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطاء الدية وما بقي فلصاحب
العمد كما اذا كان عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقي
لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا
انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية
مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء
في الابل وخرج غيرها من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح
بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد
المقادير زيادة على تلك الدية لم يجز فكذا هذا **قال** ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض
عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال
ليترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز
وهو الصلح على تحريم الحلال وتحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيا وهو يجحد انه ابنها وجحد
الرجل ولم يدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة
درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه وكذا اشرع رجل الى طريق العامة فصالح
واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز ان يعتاض واحد منهم بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة
لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها
فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين وقيد
بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك
صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت
المال صح وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجري فيه العفو ولا يورث

بخلاف القصاص قال وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا بناء على الاصل لما ان الصلح يجب
اعتباره باقرب العقود اليه شبها وإذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته لما امكن تصحيحه خلعا في جانبه
بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب وطلب الخلاص في جانبها فان اقام على التزويج بينة
بعد الصلح لم تقبل لان دعواه كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم
يحل له اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون
تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهو اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله
لها اختلفت نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطاء
بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى
لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة
واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه فاقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل كذلك
لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه وليس ابيح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا في مقابلة ما ليس بمال
كالنكاح والديات وليس لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل
فجاز الا انه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا
له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وعنده الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز
سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبد الذي العبد المأذون له رجلا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق
ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا واجارة ورهنا فلا يجوز ان يستخلص نفسه
بمال المولى وصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح على مال
مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هنا اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق
هذه المسئلة كالزائد على ملكه فصار كانه مملوك المولى ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح كانه شراء وهو
يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا استخلص ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين
المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف المأذون لانه عبد
من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه
لما صالحه فقد عفا عنه بلفظ العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح
لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كما لو صالحه على مال مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز
الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هنا قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته
[illegible] الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فكل قيمي معلوم
القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب شيئا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح منها على اكثر من قيمته جاز عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا

وقيد

وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانت اكثر من قيمته او اقل لكن القبض
شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يفترقا عن الكالي بالكالي وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش فانه يظهر به الزيادة عندهما
وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من العقود لانه لو صالح على
طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تجب في مقابلة عين المغصوب
حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي
مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الربا لا
تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة
طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك
التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالذي
وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب
على الغاصب رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وهو الاصل في الضمان وانما تجب القيمة عند تعذر رد
العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك مزيدا لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا
عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل فلم يكن ربوا وفي كلام المص تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في
الدليل المثلي فان وجوب المثلي صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي بحيث لا
يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء
فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض
بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف في مقابلة
المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من القيمة على اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك
لا يوقف على اثره فكان كالدين ولو باع الدين بالدين حرم حتى لو صالحه على ذلك حالا جاز وبان البدل جعل في مقابلة القيمة
لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقبول بعوض ضرورة دليل ابي حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك
من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب بان البيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم
ولهذا لا يرد على [illegible] واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد
بين رجلين فاعتقه احدهما والمراد بالنص ما ورد في العتاق من قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم
عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او يسعى العبد

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع
قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكله رجل بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن ... وكان في
رواية المص وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى
وان اسأتم فلها اي فعليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه
من حيث الضمان لا الوكالة فنقل المص وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض

ما يتعيد من الدين بالتأخير اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا يضمن عليه الا ان يضمنه لانه ربح
مؤاخذ بفعل الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال هو بمنزلة البيع فيرجع بالحقوق الى الوكيل فيكون
للطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على الطلاق جواب المختصر وقال صاحب
النهاية ما معناه انه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار فان
كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان في زعمه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق
بجعل وذلك حائل بين الاجنبي جواز مع الخصم قال واصالح عنه رجل بغير امره وان صالح عنه
رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي في عين الصلح على المال اما ان ضمن المال
نفسه ولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه ولا فالاول هو الوجه الثاني والثالث
اما ان سمى المال المذكور ولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني هو الرابع وذلك ان يريد وجهان آخران وهو ان يكون
المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا او منكرا وكل واحد منهما اما ان قرن بين التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجهان
حكم المنكر وبقي وجهان حكم المعرف وذكر في وجه حكم المعرف التسليم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير
المسلم وهو الذي ذكر بقوله قال العبد الضعيف وهذا آخر ما وجد في الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن
الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء
لان الشاهد لا شيء ومثله لا يختص بأحد فصلح يكون اصيلا في حق الضمان اذ اضافة الى نفسه كالفضولي
بالصلح من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لان رجع عليه بشيء كالمودع بعد ما
اذا كان باعترافه فانه يرجع ولا يكون هذا الصلح شيء المدعي اي لا يصير الدين المدعى به مكانا للصلح واذا كان
المدعي عليه مقرا فانما يكون ذلك الذي في يده يعني في زعمه لان الشيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما
اذا كان منكرا فانما لا يصير الصلح مستردا ما في زعمه لان الدين من غير من عليه الدين
تمليكه من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان الصلح يصير
مستردا لنفسه اذا كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجه الباقية مذكور في
المتن وسقط من هذا ان قوله فانا لعتق موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو مبني على قوله صالحني على الفي
سفل على المصالح والوقوف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك على فلان فان فيه يقف على اجازة
المدعي عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجد في غير ما ذكر في الكتاب ذكر في الزجرية وباقي كلامهم مرجح
الى شرح **باب الصلح في الدين** لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو
دعوى الدين لان المخصوص لا يكون بعد العموم قال وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان
من جنس ما يستحقه المدعي عليه بعقد المداينة يجعل الصلح على المعاوضة بكل على استيفاء بعض
الحق واسقاط الباقي وقيل بعقد المداينة واذا كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح لكنه

آخر الف درهم جياد حالة عن ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة وكفل له على آخر الف درهم كذلك فصالحه على
خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه بما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا
فجعل اسقاطا للبعض في المسألة الاولى والبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح
ويحل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا فان ابى ان
حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة
فيجعل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الدين في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين
وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا
يكون حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء او استيفاء لبعض حقه وهو خير
من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي
وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وروي ان رجلا سأل ابن عمر فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ابن بذل ابن بذل
ان الطعمة الربوا ومن الاخرة ربوا النسيئة ليست الا انك تبتاع مبادلة المال الآجل بحقيقة ذلك او بحكمي ذلك
ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز وهو الاصل ان المستوفى اذا
كان ادنى من حقه فهو اسقاط كما في العكس واذا تجانسا بان قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزائد غير مستحقة
له فلا يكون جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان حق
الف درهم جيدة فصالحه على الف درهم نبهرجة فقبض المال فهو جودة من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة
موجودة اجاب بقوله بخلاف اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لان معاوضة المثل بالمثل والاعتياض بالصفة
الا انه يعتبر التقابض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كالمسألة الاولى فانها
قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم يقع قدر الجيد والردي سواء فيربح بيد ولو كان على الف درهم وقعة
دينار فصالحه على مائة درهم حالة او مؤجلة صح لانه لما جعله اسقاطا كان الدراهم الا مائة ان كانت حالة او اسقاطا
لذلك وتأجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه اظهر لان معنى الصلح على الخطيرة الخط
ههنا اظهر فيكون الاسقاط الزم فمعنى المعاوضة قال ولو على آخر الف درهم وهو له على آخر الف درهم حالة
فقال الذي عليه غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل فعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون
معناه فاذا جاء غد فله ان يأخذ منه خمسمائة ويبرئه عن الباقي فان لم يرفع اليه عند خمسمائة على الالف كما كان في قول ابي حنيفة ويجوز
وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق وزفر فيما يفيد الاصل الداء خمسمائة عوضا حيث ذكر في بكفالة المعاوضة
على الاداء لان الصلح عوضا لاصل المعاوضة تستتبع قبل كل واصل المركب قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن
فجري وجوده اي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا ابرأه بالابراء باقل ابن ابي
عن خمسمائة من الالف على ان يؤدي غدا خمسمائة وله ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفوات ذلك الشرط عند ابي حنيفة
فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي وهو ضعيف في اصول الفقه
وانما قلنا انه مقيد بالشرط لان ابراء بداء خمسمائة في العدد وانه يصلح غرضا صحيحا لان الاسداء وتوسلا الى تجارة ربح فصلح

أن يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فإن قيل مقابلة
الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة
أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط قوله أو لأنه متعارف
معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن حمل كلمة على على الشرط لأجل شيئين إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط
في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا للإبراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال إن لم تنقد علي
فلا صلح بيننا قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يحتمل التعليق جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن
يقول الغريم أو كفيل إذا أديت إلي أو متى أديت إلي أو إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد
بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه أنهما متغايران لفظا ومعنى أما لفظا فهو أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه
لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يبطل إن
لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط والفقه فيه ذلك أن في
الإبراء معنى الإسقاط والتمليك أما الأول فلأنه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص
وأما الثاني فلأنه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط
وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والإبراء له شبهيهما فوجب العمل بالشبهين بقدر
الإمكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك الذي كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه
الإسقاط وذلك الذي ذكره لم يكن فيه حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بالشرط والمقيد به يفوت عند فوته كما
قوله كما في الحوالة يتعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كما في الحوالة فإن براءة المحيل مقيد
بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل قوله ... البداية بالإبراء وعلى الجواب
قال أبو يوسف كما إذا ابتدأ بالإبراء وإذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية
فحصر الوجوه على خمسة أن ترجع لدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو إما أن ابتدأ بالأداء أو لا فإن ابتدأ به فلا يخلو إما
أن يذكر بعده تمام الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أو لا فإن ذكره فهو الوجه الأول وإن لم يذكره فهو الوجه
الثاني وإن لم يبتدئ فلا يخلو إما أن ابتدأ بحرف الشرط أو لا فإن ذكر ابتداء فهو الوجه الرابع وإن لم يبتدئ فهو الخامس أما الوجه الأول فقد ذكرناه
والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث هو الموعود باستخراج الجواب فيه مبني على أن الثابت لا يزول بالشك فإذا قدم الإبراء
حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك لأنه إن كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الإطلاق وإن كان شرطا فهو مقيد به
فزال الإطلاق فإذا وقع الشك لم يبطل به الثابت ولا في عكسها عكس ذلك والرابع وجهه أنه ذكر موقت الأداء وقتا
فظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الأوقات فلا يصلح أن يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلا يبقى
إلا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم أن الإبراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا قال ولو قال
لا أقر لك بمالك علي حتى تؤخر عني أو تحط عني بعضه ففعل إلى آخره وحط عليه أي نعم من التصرف عليه دين ولا يمكن
من المطالبة في الحال إن أخر وإبراءه إن حط لأنه لو لم يعترف لتمكنه إقامة البينة أو التحليف لأنه ليس بمضطر فيه لأنه إن لم يفعل
لم يقر له تضرر فالمضطر كالمكره كتصرف غيره فإن من باع شيئا بطعام في حالة الجوع وقد اضطر به كان بيعه نافذا وفي هذه المسئلة إذا قال

ذلك

ذلك سرا أما إذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

أخره بيان حكم الدين المشترك
عن المنفرد لأن المركب يتلو المفرد **قال** فإذا كان الدين بين شريكين إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من
نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصيبه وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك إلا أن يضمن له شريكه
ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض والأصل في هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما
منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدين الثابت شراء والثابت إرثا وغيرهما لأن الدين ازداد بالقبض لأن مالية الدين
باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة ولهذا حق المشاركة في ذلك فإن قيل
لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف
في الولد والثمرة بغير إذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك
القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف
الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك
وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل
بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر
أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب
النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفي بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال إذا كان صفقة واحدة بشرط
أن يتساويا في قدر الثمن وصفته لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم
قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البايعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشتري
أن يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود
لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه لأن التسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه
شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الأصل قال الذاهب في هذا ونزل عليه مسألة الكتاب فقال
لو كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان
بالباقي على الغريم لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قال** ولو اشترى أحدهما بنصيبه
ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس له أن يأخذ نصف الثوب
كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين الثمن وبين ثمن شراء الثوب ولهما لما على الغريم كلا أي من غير
حطيطة وإغماض لأن مبنى البيع على المماكسة وذلك لا يتوهم فيه الإغماض والحطيطة بخلاف الصلح لأن مبناه على
ذلك فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدين تضرر فيتخير القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس
للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل إنه ملكه بعقده أما كان بعوض دين مشترك
وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض أجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين الدين يعني أن الاستيفاء لم يقع بما هو
مشترك بل بما يختص الثمن بطريق المقاصة إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والإضافة إلى ما على الغريم من
نصيبه عند العقد إن تحققت لا تنافي ذلك لأن النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود وإذا ظهرت المقاصة

انه فيه ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها انما ثبت في ضمن المعاقدة فلا يعتبر بها واما الصلح فليس بلازم به في ذمة المصالح
شيء تقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يرجع
الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب او استيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم
باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن لحق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا يستقلب ما عليه فانه ان تخلف باطل فلو
سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة لانه ادى التسليم ليسلم له ما في
ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين
للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان اخر الدينين
قضاء عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف
وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ
احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكر من وضع الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف
وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة ابو يوسف اعتبر التاخير لكونه ابلغ موقتا
بالابراء المطلق وهما الا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والاخر
بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يقتضي تميز بعضه عن بعض
ولقائل ان يقول بتاخير البعض هل تميز احد النصيبين عن الآخر او لا فان تميز بطل قولهم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض
فان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض فيه يستلزم التمييز لكن
ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فقوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فعند حقه
ابرأ احدهما عن نصيبه وذلك الابراء يوجب التمييز لكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة
تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء موجود فلا قسمة لا يقال لو كانت القسمة امرا وجوديا
لزم ما ذكرتم واما هي رفع الاشتراك والاتحاد او ما شئت فسمه وذلك عدمي ولا عدم انها تقتضي وجود النصيبين
لانا نقول القسمة افراد احد النصيبين لتكميل المنفعة لا لاشتراكه غيره في الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة و
ارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا
فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص يقدر من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا
اذا استاجر من الغريم بنصيبه دارا او لشريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض المعقود له
وكل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل الأنكال وجوبا عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق عند
محمد خلافا لابي يوسف وصورته اذا رمى النار على ثوب المديون فاحترقه وهو يساوي نصيب المحرق
واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد ان الاحراق اتلاف مال
مضمون فكان كالغصب والمديون صار قاضيا النصيب بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه
متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان من نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى

سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق ولذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع
الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه تملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا
مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج لما كان بالنصيب لفظا فهو بمنزلة معنى
فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية
العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه فيحتمل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطاء يرجع
ولطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وانه
قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء قال واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم
رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال وينفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز
عند ابي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا
بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون
عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك هنا وبالجامع
اشتراكهما بعينه فان احدهما في نصيبه يجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد وجهان احدهما
انه لو جاز فاما ان يجوز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان
خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر
لما فيه من فسخ عقد على شريكه بغير رضاه ونقض لعقده بخلاف شراء العين حيث يجوز عند ابي يوسف المتنازع على شراء العين وتقرير بخلاف
العين فانه اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة و
استظهر المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه هو في ذمة المسلم اليه صار واجبا بعقد السلم والعقد
قام بهما فلا يتفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي
مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالعقد الذي قبضه لشريكه حيث لم يسلم له ذلك العقد
وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه
فلم يشاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل
الدين واخذ يوجب تقرره بالبدل لا سقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون
تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي المتاخرون من مشايخنا
هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا راس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على
هذا الاختلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم يتفرد احدهما برفعه ولا
فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا
الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة
عند انفراد كل واحد منهما بما يخصه من راس المال ومنشأ اختلاف المتاخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة
خلط راس المال او على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في المبسوط مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح

عوض الخلط ان الاخر لا يشركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد فظن بعضهم
ان ترك الذكر لاجل الاتفاق وقيل ليس كذلك لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين المسلم باتحاد
العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا **فصل في التخارج** التخارج من الخروج وهو ان يصطلح
الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من
البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء
الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة **قال** واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا
احدهم • واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز
قل ما اعطوه او كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا
والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل
لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع
تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار
كمن اقر انه غصب من فلان شيئا او اشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة الحصة
عنده اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عن ابي حنيفة عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنهم صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه واختلفت
الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين
وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين
الفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه
ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير
ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه
قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان
ناب احدهما مناب الاخر واما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذي في يده بقيتها
مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح
وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من
ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار
نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم
وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد
من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه
او اقل من الذهب حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها
من الميراث فانه جاز لان المدفوع اليها لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح

عوضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك
جاز كيف ما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا **قال** واذا كان
في التركة دين على الناس • واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عن الدين
ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين
وهو حصة المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرئ الغرماء منه ولا
يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخرى ان يعجلوا قضا
نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على
الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا
المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة
دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين
المرغيناني بان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه
ابو جعفر لان احتمال ان يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل فهو
شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوه على مكيل او
موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين
لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام
المصالح عنه في يد بقية الورثة فانه لا يحتاج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح
ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غير ففي الاول لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان الورثة لم يملكوا التركة وفي الثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت
ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فعند قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان ان
الدين يمنع ملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة
لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة **كتاب المضاربة** قد ذكرنا وجه
المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا العقد بها لان
المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله
وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه فيكون الربح بينهما على ما شرطا وشرعيتها للحاجة اليها فان الناس بين
غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد اي خال اليد عن المال فكان في شرعيتها انتظام مصلحة
الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة ما ذكرنا غير ان سببها ملاك وهو تعلق البقاء المقدور به
وشرائطها وركنها استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ
المال واعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة يفسد بها
ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح **قوله** وبعث النبي عليه السلام

بيان أن ثبوتها بالسنة والإجماع فإنه عليه السلام بعث والناس يباشرونه فقررهم عليه وما روي أن العباس بن عبد المطلب
كان إذا دفع مالاً مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحراً وأن لا ينزل وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطب فإن فعل
ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي عليه السلام أمر
بما يثبت به أقسام السنة على ما عرف وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعاً قال ثم المدفوع
إلى المضارب أمانة في يده المدفوع إلى المضارب من المال أمانة في يده لأنه قبضه بأمر المالك لا على وجه البدل كالمقبوض على
سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه
فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع فيشركه وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب
المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالأجرة على عمله فهذا يظهر معنى الإجارة إذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك إنما
يكون في الإجارات وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد
على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لأنه قال عقد على الشركة ولم يعلم الشركة
فيماذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح أي لا في رأس المال مع الربح لأن رأس المال لرب المال والربح
يستحق بالمال من جانبه أي رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء
العقد بانتفائها لأن المضاربة تعقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال
كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضاً ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم
أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولو بتبرها عند محمد وما سواهما لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة
ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل
وإجارة يعني أنه يشتمل على التوكيل والإجارة بالبراء أو الإجارة وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل
فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا إذا قال له اقبض ما لي على
فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك لي فإنه
لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على ما مر في
البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري
بها هذا العبد الخ وإذا لم يصح كان المشترى للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشترى للمشتري كان رأس مال
المضاربة في ملك المضارب فلا يصح وأما عندهما فإن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة
بالعرض وذلك لا يجوز قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً من شرط المضاربة أن يكون
الربح بينهما مشاعاً ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة
لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له وإذا انتفى أحد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط زيادة
عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا أي وجوب أجر المثل لأنه
عمل لرب المال بالعقد وابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينله لفساد العقد ولأنه عوض عن منافع تلفت بالعقد
ولم يحصل له في الربح لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة

ولا يجاوز

ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لأن ذلك تغيير
المشروع وكان موجوده كعدمه وقال محمد يجب بالغاً ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر
وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع كما في أجير الوحد فإنه يستحق بتسليم نفسه تسليم منافعه أو بتسليم العمل كما في الأجير المشترك وعن
ذلك وعن أبي يوسف لا يجب له شيء إذا لم يربح اعتباراً بالمضاربة الصحيحة فإنه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً مع أنها
فوق الفاسدة ففي الفاسدة أولى قال قيل الجواب هو ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه يقتضي أن العقد الفاسد يؤخذ حكمه
من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أجيب بأن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع
وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة والفاسدة تنعقد إجارة فيعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر
عند إيفاء العمل وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما
الاعتبار بالصحيحة والثاني أن رأس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد وهذا التعليل يشير
إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد حيث ليس له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لأن العين الواحد لا يتصور
أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت كما لا يمكن أجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي
جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو مضمون إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهو
قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذه الطريقة من غير واحد والأجير المشترك
لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي والأصح أنه لا يضمن
على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة فالمال في يد المضارب صحيحة أو فاسدة أمانة لأنه قاصد أن يكون المال عنده مضاربة
فقد قصد أن يكون أميناً ولهذه الرواية جعله أميناً وما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتصح المضاربة
صحيحة أراد أن يشرح ذلك بأمر جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه أو شرط أن يدفع
المضارب كراء داره أي رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده ثم لو ربح في الصورة
المذكورة يجعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط
الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال وعليهما والوضيعة اسم جزء هالك من المال لا يجوز
أن يلزم غير رب المال وما لم توجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة بعد أن شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح
ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وهو سلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال
زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال
ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه يتصرف ويعمل لأن
المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد
من أن يخلص في العمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
لأحدهما انتفت الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود
وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لو دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأن يد

الملك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة
وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد غير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل
المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جاز لانهما
لو ملكا ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالماذون
يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا لكن يد تصرفه ثابتة فتنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام
يده مانعا عن صحة المضاربة قال واذا صحت المضاربة مطلقة المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو
ان تقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري بما له
سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها وما هو
من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيتوكل ويبضع ويودع لان هذه من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم
ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن
ابي حنيفة انه ان دفع اليه في بلده فليس للمضارب ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له
ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان
دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب من قوله ويسافر يعني انه من صنيع التجار
ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا بد من
… الماخوذ … وجوز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لا يختلف باختلاف المستعملين
فانها امثال ما يجانسها وقد تضمنت امثالها اجيب بان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل
الايداع والتوكيل فكذا المضارب ايضا هو الجواب عن البواقي يجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما
دونه فيتضمنهما بخلاف الاقراض فانه لا يملكه الا ان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار
وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما
الدفع مضاربة والشركة والخلط بالنفس من صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برايك فان قيل
اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود هو الربح يحصل بها تعارضت جهة الجواز فينبغي ان يترجح على جهة العدم
اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا ترجح بعضها بما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة
بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من حيث
صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة
في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وكذا ليس له ان يدفع من يخرجها من تلك البلد لانه
اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج بها الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى
له وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر حتى رده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع
المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال
مضاربة يدل على انها زايلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على متن الرواية وهي رواية الجامع

الصغير

الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال
واما على رواية المبسوط فانها زالت وعادت لانه وقع فيها حيث ضمنه بنفس الاخراج وكذا اذا اشترى ببعضه في البلد الذي عينه
واخرج البعض منه ولم يشتر ثم رده الى البلد الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا
البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله
ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك البعض والباقي على المضاربة لانه لم يضمنه ضرورة صيرورته ضامنا
لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر
بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع
الصغير والمبسوط قال المصنف والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان
فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان
يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا
صرح بالنهي فقال لا تعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونوقض بما لو قال على ان تبيع بالنسيئة
ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا واجيب بانه مبني على الاصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه يتبع
وغير كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه يتبع عند النهي الصريح ويلغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص
ببلد او سلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض في البيع نقدا لانه كان ثمن النسيئة خيرا له الا ان فكان التقييد
مضرا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة ومن حيث حكما
فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير
مفيد من وجه من حيث ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم
يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه قال ومعنى التخصيص
ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتغيير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بان تقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من
ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها يفيد التخصيص واثنان منها لا يعتبر مشورة
والضابط التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصلح الابتداء به
ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح للابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة
وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به بالكوفة مجزوما ثم مرفوعا وكلام المص
يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكر المص لان قوله تعمل بالرفع
يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح ان يبتدا بقوله على ان تعمل كذا وبقوله تعمل به
بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه يصح بجعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا والمفيد منه معتبر وهذا يفيد
صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسيرا لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء
فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق
ومقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال

مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو وبه فعل اعقب ما يصح الابتداء به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز
الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في
قوله ادّ الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال
خذ مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت
الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
بها من اهل الكوفة وخرج في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان
من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره قوله وهذا هو المراد
عرفا لا فيما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد وتضمن الجواب عما يقال ان ذلك
عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون الشراء من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقدير
الجواب ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك
بها وتمام البحث ان المعاملة في التصرف لا تختص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع التصرف وقد حصل
ذلك وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد وكان التقييد بالنوع والمكان هو
قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او غيرها
كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شرى
القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفيه اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا
اذا اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس مقصودا في الوكالة حتى لو كان
الموكل قيد بقوله اشتر لي عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا وكذا اي ولكون هذا العقد وضع
لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شرى ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح
بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قوله
متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة المولى والولي ثم ان كان نقد
الثمن من مال المضاربة يخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين ان يضمن
المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه وان اشترى من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان تكون
في المال ربح اولا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز
بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع
التصرف فينتفي المقصود وان اشتراه ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من
مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع عن التصرف حيث لا شركة له فيه فاذا ازدادت
قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة اي

مقصود

نصيبه

اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فمات وتركت
زوجها وابنا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد
من رأس المال وحصته من الربح لانه احتبست مالية العبد عنده فيسعى العبد فيه كما في الوراثة قال
وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها
فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام
في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة ان يكون
الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار
والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في
الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه
لكن هذا الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس
المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل واحد منها يساوي رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي
الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض
بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فينبغي كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان
المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له بيعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح
واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لانها رأس المال فاذا صار المال اثنين بعد الولد تحققت المزاحمة فلم
تتعينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الاخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة و
الفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبر جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة
بل كل واحد يكون بينهما على حياله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية
كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على
مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ
لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك
انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك
واما الاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت
الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت
بالنسب وملكه اخرهما وجودا فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا كما في
مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان
بقي احد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده نفسه وان شاء اعتق لكونه
قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال
وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى في هذا القدر قيل لم لا يجعل الجارية برأس المال والولد كله ربحا

والملك

وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية خير من رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لرأس
المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب
من حيث رأس المال اذا قبض رب المال الالف لدا أن يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف لما اخذ من الولد لما
استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد ملك المدعي نصيب
رب المال منها فجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل
كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالذي تزوج بجارية اخيه ثم مات الاخ
وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان
اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما تم اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب
والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر له أصل العقر وهو المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

باب المضاربة يضارب

مضاربة المضارب مع كثرة فاخرها عن المفرد اختلف علماؤنا في موجب الضمان
على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروي عن ابي حنيفة انه لا يضمن بالدفع ولا بتصرف
المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد
وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب
هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره وهذا الدفع مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان الدفع
ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفا على عمله والا فلا ولابي حنيفة
ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح
فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه
بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول وعليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول
ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة والثانية وكلتاهما جميعا لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله
فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان بناءها على الاولى فلا
يتصور التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا
مجوزا للمضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح وشرط له مثلا وللثاني نصفه وقوله ثم ذكر في الكتاب
يعني المبسوط يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل الاختيار انه على قول ابي حنيفة الذي بنى عليه ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي
حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني
في هذه المسألة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق
بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني
يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان
من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد
اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه

وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول اجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل للغير
من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عمومه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة
نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما ح ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية
والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه
بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله
التصدق قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف من المسائل الجامعة ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال
يطيب لهما ذلك اي للمضارب الاول والثاني الثلث الحسن لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد بين الاثنين وتولى
ابضاع المال من غيره فانضمت الى ملحقة ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غرم في ضمن العقد
لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال الاخر هذا الطريق امن فاسلكه ولم يكن امنا فسلكه فقطع عليه الطريق
واخذ ماله فلا ضمان عليه

فصل

لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب وعبد رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل
على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز
وقوله ولعبد رب المال في مقابلته بيان عبد المضارب والاجنبي وقيد ذلك احترازا عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه
حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا
وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط
للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل
العبد معه احترازا عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا وانما لم يكن على العبد دين او لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد
المضارب او عبد رب المال لانه اذا تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه
جعلناه شرطا في حق مولاه لان الشرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى
قول ابي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه
للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب
المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صحيحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على
العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له وليس له ايداع لان للعبد يدا
معتبرة ان يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه وليس ذا الا لكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان
ماذونا له ويجوز بيع المولى من عبده المأذون فيمنع اذا كان مديونا على ما يجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا
من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة
يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا
اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد الماذون له فهو ظاهر

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان
حكم المضاربة في حال الربح ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة اذا مات رب المال بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت
الموكل يبطل الوكالة وقد ذكرنا انه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب
بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشرى وهلك في يده بعد ما اشترى فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما
اخذ ثانيا لم يرجع به عليه مرة بعد اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة
عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما
كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا قضى بلحاقه
اما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة ولحاقه لا يوجب
بطلان المضاربة واما بعده فلحوق المضارب كالموت حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة
لان المضارب يتصرف له فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان
المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات
او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالادمية والتمييز
ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة ولا توقف في
ملك رب المال لعدم تعلق حقهم به فبقيت المضاربة خلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول
ابي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل
عن غيرهما بالبيع والشرى وفي قول ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بعد الردة كهي قبلها فالعهدة عليه ويرجع على
رب المال قال وان عزل رب المال المضارب اذا عزله رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع
جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها
ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا او نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح ومقتضى صحة
العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على راس المال بتمييزه وراس المال انما ينض اي يتيسر ويحصل
بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا اخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت
حيث صار نقدا فيعمل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير وقد نضت فليس له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله
ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المص هذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم
يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على العكس له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار
كالعروض وعلى هذا موت رب المال لان العزل الحكمي كالتصريحي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل
التصريحي لم يصح العزل الحكمي لان عدم محل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين واذا
افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير والربح كالاجر وان
لم يكن له ربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل رد راس
المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم
ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فعذر الى

يبن ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله
وكل والمراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة وتجوزها معروفة وشركتهما على النقل وانما فسره بذلك لان احل
ربما يوهم ان راس المال وقع في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني الوكيل اذا باع ولم يتقاض يقال له
وكل الموكل بالاقتضاء واما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا او شرى فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان
بالاجرة عادة واذا وصل اليه الاجر اجبر على عمله واستحسان فيما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شرى شيء فعلى المستوجر
على ما يستقل به لان الشرى لا يتم الا بمساعدة البائع على سعره وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بكلمات
فكان فيه نوع جهالة والحسن في ذلك ان يامر بالبيع والشرى ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه
باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان
الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال عليه السلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك
المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال فرائضه ولان راس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول
الاصل فمتى هلك منه شيء استحيل ان يصرف الى التبع كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما الربح
لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما اعد لراس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذ كل منهما ملكا له وان لم يبق بطلت القسمة
وتبين ان المستوفى من راس المال

فصل فيما يفعله المضارب

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من
افعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة قال ويجوز للمضارب ما كان
من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب والا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة
لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه من صنيع التجار ولهذا
كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خص بنوع كالطعام مثلا واما
اذا لم يخص كان له شرى السفينة وكذلك اذا اشترى طعاما فحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب
لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكريها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه
اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياخذ بعض المضاربة في التجارة في الرواية
المشهورة لكونه من صنيعهم وتقييده بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الا باذن في تجارة لانه بمنزلة الدفع
مضاربة والفرق بينهما ان الماخوذ لا يصير شريكا في الربح ولو باع بنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة
ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى به لكونه شريكا في الربح او عرضيته لذلك الا ان الوكيل يضمن
ثمة والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع
نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته
واما عند ابي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله ولكن الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة
جاز سواء كان المحال عليه ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو قايل العقد مع الاول ثم باعه من المحال عليه جاز فكذا اذا
قبل الحوالة لانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال على مال اليتيم لان تصرفه نظري فلا بد ان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر
الاصل ما يفعله المضارب بانواعه الثلثة وهو ظاهر قال ولا تزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة

البياع والدلال

والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب لما فيه من تحصيل المهر وسقوط النفقة
والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة قال فان دفع
شيئا من مال المضاربة الى رب المال فاخذ رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم يبطل المضاربة
خلافا لزفر قال ان رب المال يتصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل
عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت وصار التصرف حقا للمضارب والابضاع توكيل ورب المال صالح لذلك
والابضاع توكيل لانه استعانة وتصح استعانة المضارب بالاجنبي فبرب المال اولى فكونه اشفق على المال
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل
من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله واجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال
فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك يصح المضاربة مع رب المال اجاب بقوله بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال
مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه ادى الى قلب
الموضوع وللقائل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخلية كالاجنبي او لا فان كان الاول لجازت المضاربة وان كان
الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز او عدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع
لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر ورب المال اهل لان يكون وكيلا
فيجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الاولى وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل
بين كونه بعضا او كلا ونبه عليه في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضاربة من
غير امر المضارب وباع واشترى فان كان راس المال نقدا فهو نقض للمضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث
لم يدفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه فمن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار راس المال عرضا لا يكون
نقضا لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى قال واذا عمل المضارب في المصر
فرق بين الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة وذكر الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح وانما
لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره
او بمنزلة الاجير اشترط لنفسه الربح ولا يستحق احد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا انا تركناه فيما
اذا سافر بالمال للعرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل لنفسه لحصول
غرضه في ذمة المستاجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله واما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد
يحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر
ثم قدم وبقي معه بعد الرجوع وحد الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله
فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه لاجل ذلك لها والنفقة ما يصرف الى
الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء وكراء كل ذلك بالمعروف ويلحق بذلك ما كان من معدات
تمكين المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز

فان

فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب يكون في عداد الصعاليك ويقل معاملوه فيضر ما به كثرة الرغبة
في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره
في الكتاب قال واذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح ياخذ رب المال راس ماله
كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فان باع المضارب
المتاع بعد ما انفق مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا
يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها
بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وبمثل المقال لا ينتظمه كما مر
وانما ذكره بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد
عند ابي حنيفة لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برايك ينتظمه فاذا
بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة
الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن منها على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى
قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال
قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فان زاد القيمة يضيع فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا
واذا صبغ المغصوب لم يضع بل تخير رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال وبين
ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه ويترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون
اقل حالا منه فان قيل للمضارب لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت
بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط والصبغ لاختلاط ماله بمال المضاربة
فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون
فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لانه تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع
على المضاربة اذ فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك فصل آخر هذه مسائل
متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال فان كان معه الف الخ ما ذكره المصنف واضح
ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لما فات المضمون على المضاربة
والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع
الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها ثيابا ثم باعها بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا
اشترى جارية بالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان ربع الثمن على
المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها
خرج ذلك عن المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على
المضاربة لابطلنا ما عزم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع
الجارية باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة

لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك العين
وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين قوله وان كان معه الف بعناه واصح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود
رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله لان فيه شبهة
العدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به المالك في ملكه وان شبهته
ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر قبل الثمن ومع خمسمائة لشبهة من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه
بالنظر الى انه بيع الجملة قوله فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا
خطاء كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلثة ارباع
الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان
رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربح ان كان العبد قريبه والف من رأس المال
وقيد العين بالواحد احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج
العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما
نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما
بالفداء ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني ما اذا ضاع الالف في المسألة المتقدمة حيث
لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه
وقوله ولان العبد كالزائل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهلاك والمضاربة تنتهي بالهلاك فرفع الفداء
كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم
يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة يعني ما اذا ضاع الالف فان العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها
عبدا وهلكت قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه رب المال لانه بين
انما تعين بهلاك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير
المضارب مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة
فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه الدين بوصول الثمن
الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان
يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان
بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يمنا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب متقدم على
قبض الامانة فجوز ان يجتمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا ضمان فيه لاشتمالهما
متنافيين ولو غصب القاضي المغصوب منه الغاصب يجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه
وعلى تقدير ثبوته يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم
الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود الخصم دفع استحالة اجتماعهما وبيان كونه مستوفيا ثابت بدفع الثمن عن الموكل
فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى لهلاكها فاما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس

المال ويستوفيه من الربح ويحمله على الاستيفاء يتضرر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره
بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الفالج لم يثبت فيه رواية يحتاج الى الفرق بينهما وقوله في
الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال الى المشتري الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا
وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لان في
الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال ومن كان مع المضارب الفان
اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الفا وربحت
وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر
لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في
مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض
واذا كان في مقدار الربح فهو كذلك اي مثل الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال رأس المال الف والمشروط ثلث
الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه لرب المال لان رب المال ينفي زيادة يدعيها المضارب
كان المضارب في رأس المال فلما تم الدليل ولما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته فلو انكر اصل الشرط
بان قال كان المال بيدك بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته
رب المال على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة رأس المال كما اذا قال من معه الف درهم
هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله
بمقابلة الربح او شرطا من جهته بعقد من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة
او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدم
احتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال
القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة
لرب المال واذا قاما لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا ادعى
الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا انكر العموم لانه يحصل بالكل ذلك نهيا له عن العموم وله ذلك بنهي
عنه قبل التصرف اذا ثبت عنه العموم نصا ها هنا اولى وان كان بعده فان رب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا
وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع بينة استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ
هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما
يوجب التخصيص كالوكالة ولو كان كذلك كان من يدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له فلو ادعى كل واحد منهما نوعا
فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف لحاجته الى نفي
ع الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الاخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج
الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه
من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى

لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه يتعذر
القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل ببينة رب المال لانها
يثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد تقدم في اول الاقرار ثم ذكر بعد
العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية
تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة
لانه عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة
عباد الله واستحقاق الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء للمقدور بتعاطيها من حيث التناصل وقد مر مرارا
وشرعيتها بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها باطلاقها وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة
بها لانها تترك بيد غيره وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال او ما قام مقامها فعلا
كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فانه لو وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب
غاب الاخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لانه قبول الوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه
لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح
وحكمها كون المال امانة عنده قال الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هي
التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد يكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب
فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها
لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا
ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح لا حديث مرفوع
واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي عليه السلام ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع
الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي
يكون في نفقته فحسب فان المراة اذا اودع عندها شيء جاز لها ان تدفع الى زوجها وان المودع الكبير اذا كان يساكنه
ولم يكن في نفقته وتركه الا في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن شرط ان لا يكون من في عياله الخيانة فان علم ذلك منه
يضمن وبين ذلك بقوله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد
بدا من الدفع الى عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع
الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه لما كان
موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله ولانه دليل اخر على ذلك وتقريره ان المودع لا يجد بدا من الدفع
الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وقد علم المودع ذلك فيكون راضيا
به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او دفعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها
عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل هذا مناقض قوله
الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان للمودع ان يستودع ماله عند غيره فينبغي

ان يملك ايداع الوديعة ايضا وجوابه ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع ليس من
الحفظ وقوله ولان الشيء لا يتضمن مثله تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب فان لهم ولاية
فعل ما فعل بهم والجواب عنه في مظانها ولا باس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك المنفعة والماذون يتصرف بحكم
الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استاجره
فيكون حافظا بحرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين
التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون رضي به المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في ذلك
لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم او الالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من
اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة والله اعلم قال فان طلبها صاحبها فحبسها
وهو يقدر على تسليمها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد والمتعدي هو الذي
يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط الثاني للتمييز تعد
فيوجب الضمان وينقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا اذا خلط بالجنس شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لانه تعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك
من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم
عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح لان القسمة من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلول علة ولو
ابرأ المالك الخالط سقط حقه من عين الوديعة عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط خيار
الضمان لتعين الدين بصرف الابراء اليه فبقي الشركة في المخلوط وان خلط المائع بغير جنسه كخلط الخل بالخاء المهملة
والدهن من السمسم بزيت الزيتون صار مضمونا عند ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه
استهلاك صورة وهو ظاهر ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك
انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح
وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الخلاف في ذلك كالخلاف في خلط الحنطة بالحنطة بناء على الاختلاف للمذكور
لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه وجب الضمان عنده لما ذكرنا
من الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل
اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركة بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل وبغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده
كما مر في الرضاع اذا جمع بين لبن امراتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظير خلط
الدراهم بمثلها اذابة لصيرورتها مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع بغير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا
صار شريكا لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال
المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض
بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا لا انفصال له فاختلط الرد قضاء لانحفاظا لعدم تردد بالقضاء بغير محضر من
صاحبه ولو لم يرد ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وما انفق لا يتعيب الباقي فان من

مما لا يقدر التبعيض إذ الكلام فيه وإن أخذ لينفق ثم ردّ الدراهم إلى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لأن أخذه لم يناف الحفظ
ولم يتجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل قال وإذا تعدى المودع في الوديعة
وإذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة ولبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده
زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لأن الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان
وإذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو كونه وديعة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باق لإطلاقه عن التقييد بوقت
فيجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وصف الأمانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو
اللا أمانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وقد ارتفع بالإتيان بما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى
ما بعد ارتفاعها وإذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الأمر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه
رد للأمر فالأصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود وأجيب بأنا لا نسلم أن المخالفة فيه رد له
الأصل لأن إبطال الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست موضوعة لإبطال
الإيداع ولا منافية له ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو يستعمل بخلاف
الجحود فإنه قول موضوع للرد فيصلح أن يكون ردا للقول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك
صلوة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما إذا استأجر تنظير لمسألة الوديعة بالاستيجار فإن
المخالفة بترك الحفظ في بعض الأوقات كونها وديعة فصار كما إذا استأجر للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد
إلى الحفظ في الباقي فإنه بترك الحفظ في بعض الأوقات لم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعترض بأن هذا التنظير غير
مستقيم لأن بقاءه كونه أمينا باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد بردة بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد
اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض
بعدم التسليم المعقود عليه في الاستيجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فيترك
الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا ببقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله وحصل
الرد إلى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فإذا ارتفعت المخالفة
وعاد مودعا حصل الرد إلى نائب المالك وقوله فإن طلبها صاحبها فجحدها ظاهر وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كأن
قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند أبي يوسف وكذا لو جحدها عند صاحبها
من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وإنما ذكر خلافهما لخبث [...]
عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلثة وقيل إن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر
كذلك وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة ووجه قول أبي يوسف
[...] أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين قال وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة
قالوا إذا كان الطريق آمنا فإن كان مخوفا ضمن بالاتفاق وإذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وإن لم يكن وسافر بأهله لا
يضمن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه متمكن [...] ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقال [...] ذلك إذا كان لها حمل
ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا أو قال

الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا ولأبي حنيفة إطلاق الأمر لأن الآمر أمره بالحفظ
مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فإن قيل سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق
وهو كون المفازة ليست محلا للحفظ أجاب بقوله والمفازة محل الحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محلا
للحفظ يملك الأب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك وقيل مسافرة الأب والوصي
بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا
يكون ما ذكر إذا [...] على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح لا استدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لأن ولايتهما
على مال الصبي نظرية وأولى وجود النظر رعايته عن موضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث
جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك
مؤنة الرد وهو ظلم لأنه لا يرضى به فيتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفوا إتيانا على الغرر اليسير في التجارة
والشافعي يتعين بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر فإنه إذا استأجر رجلا
شهرا بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال وإن سافر ضمن قوله قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا
أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بحضر فعل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقا وهو
تقييد بمكان [...] يرجع إلى المالك فلا يبالي به وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني أن المعتاد كون
المودعين وقت الإيداع في المصر لا حفظهم فإن من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله إلى الأمصار بخلاف
الأجير لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وإذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن
لأن التعيين مفيد لأن الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة
إذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجبر المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباقي وقالا يدفع إليه نصيبه
ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى إذا هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية
الجامع الصغير ليدل بوضعه على المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري ثم قوله وديعة المكيل والموزون لأن
المذكور فيه الألف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم وذكر في الفوائد الظهيرية أن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت
الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع وحكاية الخلاف في المسألة مشهورة لهما أنه طالبه بدفع
نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولهذا طالب ما سلم إليه ومنع عنه
وأنه إن كان له أن يأخذه بلا خفاء في يد المودع بالاتفاق ولأبي حنيفة أن أمر المطالب بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغائب لأنه
يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لأن المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لأنه
لم يكن وكيلا في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون
تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في
ماله لدفع [...] لحق الضرر في حق الشريك لأن الديون كما وقع في الشروح ومعناه أن الشريك يطالب
المديون بتسليم أي بقضاء حقه وحقه حيث القضاء يشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس
بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة وقوله لأنه لا يأخذ جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذ تقرير جواز الأخذ لأنه

أن يجبر المودع على الدفع إذ الجبر ليس من ضرورات الحلول يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند
إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع إليه قوله وإن أودع رجل عند
رجلين شيئا فيما يقسم ما يقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة
والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول أبي حنيفة أقيس لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضى بأمانة واحد
فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ أحدهما للكل ولهذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك
فسلمها إليها لا يضمن معناه إذا لم يكن له من التسليم إليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال إذا نهاه أن يدفعها إلى
أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لم يضمن كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه وكانت شيئا يحفظ
على أيدي النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو أمينة قوله وهو محمل الأول والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدا والعمل
ممكنا وجب اعتباره والمخالفة فيه توجب الضمان وإن لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا إذا
نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله دار أخرى فخالف فهلك ضمن وإذا نهى عن الحفظ في بيت
من دار فحفظ في غيره ولم يكن البيت الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس سواها أو عن الحفظ في دار ليس
غيرها فخالف لم يضمن لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به قال ومن أودع رجلا وديعة فأودعها
المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير المالك في تضمين أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمين فيضمن لأن المالك
لم يرض بغيره فكان الأول متعديا بالتسليم إلى الثاني والثاني بقبضه منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب
غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه
عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولأبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما
من حفظه بحضرته لأن حفظه بحضرته كمثل الدفع إلى من يحفظ بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن
بالاتفاق فإذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجب تعديا منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
وأما الثاني فيستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب
غيره وإذا كان في يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين
لأن كل واحد منهما يدعي ألفا قوله وإن نكل أعطى للثاني أي بعدما حلف للأول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للأول
قبل الثاني فيما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا ينقطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضاء
بأنه يقضي للأول أو للثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ولو نكل للثاني أيضا
كان الألف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه قوله لأنه أي لأن المودع المنكر أوجب الحق لكل واحد
منهما ببذله عند أبي حنيفة وبإقراره عندهما ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير
إنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأن القاضي قدمه إما باجتهاد أو بالقرعة
وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه وقال الخ في شرح الجامع الصغير وإن حلف يقضي
بنكوله للأول قوله لكونه إقرارا أي لكون النكول إقرارا دلالة قوله ما سنبين العبد لي يعني لا يقتصر على لفظ العبد
بل يضم إليه ولا قيمته لأنه إنما أقر به للأول وثبت به حق الأول لا يعمل إقراره به للثاني لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك

قوله بناء أي قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنها عند محمد
خلافا لأبي يوسف كما إذا أقر بالوديعة لإنسان ثم قال أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول لأن إقراره بها صحيح
ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لأن إقراره أنها للثاني ولأنه صار مستهلكا على الثاني بإقراره بها للأول فيكون
ضامنا له قيمتها وهذا إذا دفعها إلى الأول بغير قضاء فإن دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لأبي يوسف لأن بمجرد
إقراره لم يفوت على أحد شيئا وإنما الفوت بالدفع إلى الأول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلط القاضي على
القضاء بها للأول بالإقرار وقد أقر أنه مودع للثاني والمودع إذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسألة
تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب بما قبله ومن
محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه
على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض
وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير قيل وهو قول الشافعي قال لأنها تنعقد بلفظ الإباحة ولا يشترط
فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الإجارة من غيره وكل ذلك يدل على أنها إباحة أما الأول فلأن التمليك لا
ينعقد بلفظ الإباحة وأما الثاني فلأن التمليك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لأن تمليك المجهول لا يصح ولأجل العلم
بالمنافع يشترط ضرب المدة وليس بشرط فكان تمليكا للمجهول وأما الثالث فلأن المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه
كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلأن المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتمليكه المنافع فلو كانت
الإعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الإجارة والهبة وقال عامة العلماء إنها تنبئ عن التمليك فإن العارية من العرية
وهي العطية وهي إنما تكون تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا
وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فإن قيل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك أجاب بقوله والمنافع
قابلة للملك كالأعيان وبني على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم
الأعيان تحتمل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من وجوه الأول أنه استدلال في التعريفات وهي
لا تقبله لأن المعرف إذا عرف شيئا بالجامع والمانع فإن سلم من النقض فذاك وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع
يجاب عن النقض إن أمكن وأما الاستدلال فإنما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح
لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست
بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا إلى فرع هو نظيره
والمنافع ليست نظير الأعيان ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف لفظي وهو سهل فالجواب عن الأول ما ذكرنا في بداية
يحمل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وإن كان الثاني يجعل بيانا لخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا
المذكور في الكتاب حكم العارية معرضا ما بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وتمشي كلام المصنف ما
ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى قوله ولفظ الإباحة جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة ووجهه
أن ذلك مجاز كما أن الإجارة تنعقد بلفظ الإباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله ولا يصح
مع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهي ليست كذلك لعدم اللزوم

ووجه ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة قوله والنهي يمنع عن التحصيل
جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه في العارية تمليك بل من حيث ان النهي يمنع
المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد ولذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير في
وقت شاء كما في الهبة قوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لان في زيادة الضرر
على ما يجيء منا ما يتعلق بتفسيرها او حكمها وشرطها فقابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها على ما مر من ان الحاجة
المحتاج اليه المركوز بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان
وكما قيد في بيان الجواز على تقسيمها لنشتق تعلق الفقه به قال وتصح بقوله اعرتك هذا بيان الالفاظ
التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية واطعمتك من الارض
لانه مستعمل فيه اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله يستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف و
المجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب بان كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر
مجاز فاشار الى الثاني بقوله يستعمل اي مجاز ليعلم ان الاخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي
الناقة والشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منحه وحملتك
على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانهما لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك
المنافع تجوزا اي مجازا حيث عرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو معنى العارية و
داري لك سكنى لان معناه سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره
وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوص على التمييز في قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة
فاذا لم تتعين المنفعة يحمل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة آخره حملا للمحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع
في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة وبه احتج الاندلسي الظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص
للعرف ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في ان العارية يستحق الرد لان المنافع تملك شيئا فشيئا على
حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو الملك الا به فيصح الرجوع عنه قال والعارية
امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن اي ان هلكت العارية بان تعدى بحمل الدابة ما لا يحمله مثلها او استعملها استعمالا
لا يستعمل مثلها ... الضمان بالاجماع وان كان بغير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن
استحقاق فيضمن قوله لنفسه احترز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا المنفعة نفسه وقوله لا عن
استحقاق اي احترز عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الاجر بغير رضاه احترازا عن الاجارة فان المستاجر يقبض المستاجر لحقه ليس
للمالك القبض قبل مضي المدة بغير رضاه فان قيل قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة
الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها ففيه
الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغاصب
وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هنا
ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان لا يجب بالعقد ولا بالقبض ولا بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له

اما

اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او للاباحة على الخلاف في
القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا
وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان
فكيف يضاف اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة
نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض لم يكن الا للانتفاع
فلم يكن تعديا فلا ضمان بعينه قوله وانما وجب الرد مؤنته جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد
لا يدل على انه مضمون لانه وجب مؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل
على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن وان لم يوجد الرد
وجب الضمان قوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس مضمون بالقبض
بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الماخوذ في العقد
له حكم العقد ولكن لا عقد هنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن
الضياع لان المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا فان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا الى
الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد صير الى الاول
وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال وليس للمستعير
ان يواجر المستعار وليس للمستعير ان يواجر فان اجر فعطب ضمن لوجهين احدهما ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا
يتضمن ما فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم والقسم لكل شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى
الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم على خلاف موضوعه واما الاول فلانه ح يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد
العارية فلا تعدى على الاشرار الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد العارية لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع
وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر
لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب فان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر لانه ظهر انه
ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير
ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس
له ان يعير لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة ومنا اي كون العارية اباحة ان المنافع غير قابلة
للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في العارية بالاباحة فلا يصار الى التمليك
ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتمكن مثله كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لانه ملك المنفعة قوله والمنافع اعتبرت قابلة
جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة
كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كان تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف
المستعمل وبين ما لا يختلف كما للمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي
باستعماله لا باستعمال غيره وقوله هذا اي ما ذكرنا من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فهي على اربعة اقسام

فقال وهي على اربعة اوجه وهي قسمة عقلية احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث
ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع بها اي نوع شاء في اي وقت شاء
عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار دابة
ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس
يضمن لانه مخالف عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار
لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فايدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته وقفيز كيل
الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من
الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان
يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك
فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب
بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام قال وعارية الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال المعير لك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك
وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان
ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض وادناهما القرض لكونه متيقنا به فيحمل عليه لانه اقل ضررا على
المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو الثابت تعينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز
عن ذلك فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او
يزين بها دكانا لم يكن قرضا فلم يكن له الا المنفعة المسماه وصار كما اذا استعار انية ليتجمل بها او سيفا محلى ليتقلد به يقال
عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس غيره ويسوى وكذا استعار ارضا للبناء والغرس
جاز وللمعير ان يرجع عنها ويكلف قلع البناء والغرس اما الجواز فلان المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة
دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية
مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية
او لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن   اي غار
انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا وكره لما فيه
من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور
يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما تقدم والاعارة ليست كذلك
اجيب بان المعير التزم له قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك   بان التوقيت م
على ان اتركهما في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقرينة حال وذلك لان كلام العاقل محمول على الفايدة
المحتملة حيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا يبقى فايدة لذكر الوقت سوى ذلك ما قلنا وتوجيه قوله ما نقص البناء
والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمتهما يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة

المغرورة

المضروبة عشرة دنانير مثلا ولو قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية كذا ذكر القدوري يريد بضمان ما نقص وذكر
الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك
لانه ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان في الارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل قيل يعني كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يكن في الارض بالقلع ضرر
اما اذا كان فالخيار في الابقاء بالقيمة مقلوعا او تكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ولو استعارها
ليزرعها لم يوخذ منه حتى يحصد الزرع بل يترك اليه بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة
وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضه مجانا والزرع الاخر يخالف الغرس لانه ليس له نهاية
معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد
العين المستاجرة على المؤجر وذلك لان الاجرة مؤنة الرد فتجب على من وجب عليه الرد ووجب الرد في العارية على المستعير لانه
قبضها لمنفعة نفسه والمؤجر بازاء الغير وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة
قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة
الاجر عين ومنفعة المستعير منفعة والعين خير لكونه متبرعا او لكونه اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب
عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فيكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس
يضمن لانه تضييع لا رد صحيح كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله
وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى الدار ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما
اودعها اياه وجه الاستحسان انه في العارية عرف بخلاف النحو هو متعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه
لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار
عقد لؤلؤ لم يرده الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره
مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على يد من في عياله كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لوجود الرضى به من المالك الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده فاختلفوا في اشتراط كون هذا العبد يقوم على
الدابة فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسألة
على ان للمستعير ان لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي وقال لانه يملك الايداع وقال مشايخ العراق
اولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس للمودع ان يودع غيره فلو اودعه
وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

كتاب الهبة

ذكر الهبة بعد العارية لمناسبتها في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا
وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح
بالايجاب والقبول والقبض وهو مخالف البيع من جهة العاقد من جهة الواهب فان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان
لا يهب فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع ومن جهة الموهوب له فان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض
بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام

لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك لان الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع
لم يلزمه شيء لم يتبرع به يعني اثبات الملك قبل القبض ذلك وفيه الزام التسليم وهو خلاف المتبرع بالشيء بالهبة فلو لزمه
ما لم يتبرع به وهو امر غير ما هو ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء وكمن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام
وان كان اذ كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور بانه يجب بالنذر او الشروع ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد
تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب ثم سلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما تبرع به بخلاف الوصية بان الملك يثبت
بها بدون القبض لانه لا الزام فيه زيادة على ما تبرع وذلك لان ثبوت الملك فيها بعد الموت وح لا يتصور الالزام
على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولانه عقد تبرع فلا يثبت الملك
بمجرد القول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك
الثابت للموهوب له كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي
لكون الموت منافيا للمالكية فصح الالحاق قوله وفي الموت بعد ما وهب جواب عما يقال الارث يخلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف
ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت
فلا يعتبر بتسليمه لانه غير مالك لها ولا قائم مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان
قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض
تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون اذنه غير صحيح ولنا وجه الاستحسان
في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول
فيه قوله في الهبة متعلق بقوله القبض لا بقوله القبول والمقصود به اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات
الملك للموهوب له فاذا كان كذلك يكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده وكان اذنا دلالة ولا كذلك
القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه
فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهى عنه صريحا
في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وفيه بحث الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد
المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البايع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب بالقبول والبيع حاضر لم يجعل ايجاب
البايع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن والجواب عن الاول بان الايجاب
شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بان الامر
مقصود البايع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به
قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول
في قوله لان الاول صريح فيه وفي الثاني مستعمل فيه وكلامه يوافق الارادة المطلوب سوى الفاظ تذكر ما قوله اكل
اولادك نحلت مثل هذا روي النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت
مثل هذا وقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام ولو ترثيه بعد اي ولو تبة المعمر له بعد العمر يعني يثبت الهبة

ويبطل

ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام
للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان
اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى يحتمل لفظه نوى فيه تشديد عليه عملت بنيته لانه ابقال من ينافض لما تقدم في العارية من قوله
لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك من قوله لانهما لتمليك العين
يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله
في الحقيقة الحرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية
من قوله عليه السلام المنحة مردودة قوله ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة انما هو بنصب هبة في الموضعين
اما على الحال او التمييز كما في قوله داري لك عن الابهام وقوله لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان
سكنى محكم في تمليك المنافع لانه هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة
تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود انه ملكه الدار ليسكنها وهو معلوم
وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه ان شاء قبل مشورته
وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله عليه السلام يسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله يسكنها فعل المخاطب فلا يصلح
تفسير القول المتكلم قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة كل هو هبة لما لا يحتمل القسمة والاصل في
ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في المالية لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك وهو يحتملها فالثاني كالعبد
والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا
وهب الثمر على النخل دون النخل والزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه
ان جاز وقبض الثمر الموهوب على النخيل وكذلك التمر مشترك بينه وبين غيره المحوز ايضا لانه غير مقسوم ويعني قوله الا محوزة
لا يثبت الملك فيه لا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم يقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه
مقسوما فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت فوقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم
وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف حكمه لا يوصف بعدم الجواز
كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم
فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه ما ذكر وقال الشافعي
هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في
المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاتفاق
فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البايع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا
والخروج عن ضمان البايع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل
الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع
والارث وكل ما هو قابل الحكم بعقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عن القابلية ولا نزاع في قبوله فكان العقد صادرا
من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع

جامع

مبطلا

اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان
يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركته وبان اوصى لرجل بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع
لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه السلام لا تصح الهبة
الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء لوجوده وقبض المشاع ناقص
لانه لا يستقل الانسان بقبض الجزء الذي هو غير الموهوب الى الموهوب او بالعكس فان كلا منهما يحتملها والجزء غير الموهوب غير متميز
عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان قبضه قبضا من وجه دون وجه وفيه
شبهة العدم المنافية للاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز
ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر رضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصابر
في الضرر الملتزم رضيا اجيب بان المرضي منه نفس القسمة ولا يستلزم الجواز اذ يكون راضيا بملك المشاع وهو ليس
بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان التجويز من العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه
التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة ولانه
لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزمه بالعقد ومع ذلك جاز فليكن مؤنة
القسمة كذلك اجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين والقائل ان يقول
الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن الجواز فقد وجد وان خصصتم بوجه الى ما تبرع به كان
تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في وجه الى ذلك الالزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين
الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا يخرج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب
بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الالزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد
التبرع قوله والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه
لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فان
كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا تصح بقيته
اجيب بان كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فلم يلحق فيه
ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم مؤنة القسمة
وما جازت فالجواب بشيئان والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه لان
المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة عملا
بالشبهين على ان القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال ولو وهب من شريكه لا يجوز وان لم يلزم فيه مؤنة
القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال كما انه اشار الى
الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية
لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص وفي هبة شقص مشاعا فالهبة فاسدة اي لا
يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقولنا الذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين

وكانت

وكانت معلومة من ذلك لكن اعاده تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه تبين ان المانع
من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف دار لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت
قال ولو وهب دقيقا في حنطة • بنى كلامه هنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد
بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم
ومن اجاب بشرك ان المراد التمكن بقوله لا يجوز هبة المشاع وبقوله فالهبة فاسدة وبقوله لان امتناع الجواز للاتصال
هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان عدم الجواز لاحتاج الى تجديد
العقد عند الافراز في المشاع كما في المعدوم واعلم ان الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوم لانه لم يوجد
بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا يعتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا
كانت العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فلو وجد القبض لما انه حاصل
اي ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في
ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الاخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان
الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا
متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديد لانه اقوى فينوب عن الضعيف
ولو كانت وديعة فباعه منه لا بد من تجديد القبض لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض
ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها ولو وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد
والقبض فيه باعلام ما وهبه له لا بالاشهاد ويشترط الاشهاد فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده
بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ويده يد مودعه كيده بخلاف ما اذا كان
مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولين او في ملك غيره يعني في الاخير والصدقة في هذا
كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وقيل يعوله وهو في عيالها ليكون
لها عليه نوع ولاية وقيل بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا من يعوله كالاخ والعم
والاجنبي جاز لهم قبض الهبة لاجل اليتيم وقيل لم اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية
القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود احد منهم
فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في
المال فقيام ولاية من يملك التصرف في المال منع ثبوت حق القبض لغيره ومع عدم واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله
لثبوت نوع ولاية له الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فيتناول فيما هو النفع المطلق وهو قبض الهبة لكونه من باب
المنفعة ولا يرى انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التفصيل وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذا اذا
وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه
للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير اجنبي هبة تمت بقبضه لان الولاية عليه في
الامر الدائر بين النفع والضر لا المحض وهي بذلك قال واذا وهبت لليتيم هبة • اذا وهب لليتيم فالقبض الى من له التصرف

كله

في الدين وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر اجنبي
في كنفها او من يربيها اقتبضه له جاز لما تقدم من انها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة الا ترى ان
اجنبيا اخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض
الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله لان اهلية مباشرة ما يتمحض نفعا له ثابتة فان قيل اعقل الصبي
اما ان يكون معتبرا او لا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهليته
فالجواب ان عقله فيما يتمحض فيه تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفير ايضا لانه
ينفتح به باب اخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له والاهلية المعتبرة في التردد بين النفع والضرر هي الكاملة المفقودة عليه لان عقله
قبل البلوغ ناقص فلا يعتبر به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره براي الولي واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج
فاما ان زفت اليه او لا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب فوض امورها اليه دلالة البيت فيها اليه وهي صغيرة
وانما جاز لانه يقوم بنفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا
لو قبضت بنفسها واطلق الصغر كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال لو كانت ممن لا تجامع لا يصح قبض الزوج
عليها وحضور الاب لا يمنع ذلك بخلاف ما يملكه الزوج في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما
يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرهما فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
لان تصرف هؤلاء للضرورة لا لتفويض الاب والضرورة تتحقق عند ذلك وقوله في الصحيح يتعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب
كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكون الا بعد موت الاب
او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا معتبر لقبض الزوج لها
لان ذلك بحكم انه يعولها ولم يعلم بعد انه مستحقه وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال وان وهب اثنان من واحد
دارا جاز ● واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة
وهو قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لم يجز عند ابي حنيفة وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك
واحد فلا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تأثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في
مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولابي حنيفة انه هبة النصف من كل واحد
منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان الملك
من جانب التمليك وان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير مميز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل
الكمال ولو منع الشيوع جواز الهبة لكان ذلك بعد ذا وهب الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت الملك بالتمليك كذلك اذ
الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عن قولهما الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين
جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جواز مشاعها ووجه ذلك ان قال
ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين ولم لا يكون المانع هو لحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد
تقدم ان المانع منحصر فيه بل الحكم يعود على نفس الشيوع لامتناع القبض بقوله بخلاف الرهن جواب عما استشهد
به وهو ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا

من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل
على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة
والصدقة في منع الشيوع بينهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع
يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك
له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع بخلاف الهبة فيراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا
هو الصحيح وتاويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا للهبة وتجوز المجاز ما ذكرنا في الكتاب ان كل واحد
منهما تمليك بغير بدل قال ولو وهب لرجلين دارا ● اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال
فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لهذا ووهبت لك ثلثه
للاخر او بالتساوي كقوله لهذا وهبت لك نصفه وللاخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة
مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا بناء على اصله وجاز عند محمد مطلقا بناء على اصله وفرق ابو يوسف بين
المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجز وفي التساوي اجاز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف
فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المص وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي
يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف وليس
بظاهر لان المص عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف لم يذكر في الكتاب ان
التنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل
وعلى صورته بها بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير موافقة على اصله وهو اصل محمد
فليست محتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله لان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك
في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض والتنصيص خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض
بالتنصيص بعد الاجمال كما في قوله لكما هذه الدار لك نصفها ولك نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض
بالتنصيص لان المستدعى الاجمال وذلك لانه يستدل على ما على فيه على اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وما هو عدم الجواز
فليست محتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص
على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافا لانه يستوي فيه المساواة والمفاضلة
بناء على الاصل يصح ان يكون مبني الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في
التنصيص في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا
وان خالفه كما في التثليث كان معتبرا او بعد تفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل
على الافادة وحمل للرهن كان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في
الكل وعند التفصيل لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم
فكان الرجوع صحيحا وقد يمتنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع
فيها والمراد بالاجنبي من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال

كان بحيث لو بيع يزيد ثمنه كالثوب الصابغ وخرج بالتذكرة في قوله وسبب اجنبي الزوجات والذي هو قريب ذو رحم محرم منهما
وسلمها اليه والثاني لم يتغير من موانع الرجوع شي حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يعلم ذلك في اثناء كلامه
وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع يضاد
التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال ضمن العلة موجودة في هبة الوالد للولد
وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزء الواهب قوله على اصله اي على اصل الشافعي فان من اصله ان للاب حق الملك
في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك عن نفسه من وجه ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب
منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره حقا
فيها ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبل وان شرط العوض
ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى
من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري
اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوت المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع
يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا يتفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فانه يتفرد بذلك اذا احتاج اليه لحاجته
ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب اي القدوري فله الرجوع لبيان الحكم
اما الكراهية فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا للاستقباح لا لتحريم بدليل قوله عليه السلام
في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وقوله الا ان يعوض بالجر تمم للرجوع
موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال
الزيادة والميم موت احد المتعاقدين والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة
والهاء هلاك الموهوب وذكر المص فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد آخر وهو
ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة
لا يمنع بان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم
امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك على
نقصانا فانه زيادة صورة كانت نقصا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا او طول مفرط والفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة
في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس وجب ان الزيادة المنفصلة اما ان
يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية
والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام
ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد
الموهوب له مجانا لم يفض الى الربوا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو عن حق حصلت على الحكم وكان فيه اسقاط الحق برضاه فلا
يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضاه ولا باختياره فكانت مانعة وكذا اذا مات احد المتعاقدين
بطل الرجوع ايضا لانه اذا مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حيوته وان مات

الواهب

الواهب فلان الرجوع اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرجت الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك
بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب قال
فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة ... مو المعلف عند العامة وهو المراد عند
الفقهاء وعند العرب الاري الاخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من يأري بالمكان اذا اقام فيه وقيد
بقوله وكان ذلك زيادة فيها لانه قد لا يكون كذلك وكان لعظم المكان تعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع
في غيرها وكلامه واضح وقوله وان قال الموهوب له للواهب بيان الالفاظ التي تستعمل في الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل
به الرجوع واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط
العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير من جنسه وخلافه سواء لانها ليست معاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا
ولا ان يختص العوض له على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط
ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الف والعوض درهم منها
فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم يقينا ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل له خطرا قال زفر انه قال الحق
ذلك بسائر الموهوب والقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هنا والجواب ان الرجوع فيما قبل العوض صحيح دون ما بيننا قطعه
يلحق به فان قيل ما في قوله متبرعا فائدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما
بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له اولى بالبطلان لان الموهوب له يؤدي الى العوض مامور
ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض مامور غير ان
المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما
اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك
لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق
نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع بنصف العوض
قياسا على العوض فيه على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العرض بالعرض فاذا استحق بعض احدهما كان
للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا
عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن
الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وهو عوض
بان الرجوع انما يتعوض واجزاء العوض تنقسم على اجزاء العوض واذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في
مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها والتخيير فيما هو كذلك فليس له
الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بلا كراهة الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانهما بيع فلا
يتوزع البدل على المبدل لتحقق غرض قياس زفر ان العوض بدل الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر مقابلته
والانقسام واما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع وللعلة لا تنقسم

قوله الا اذا الاوّل الواهب تخيّر بين ان يرد ما بقي من الرجوع ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولا يرجع بشيء لانه انما اسقط حقه في الرجوع الا ان يسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان يرد جملة العوض فقبضه من نصفها بالنصف ثم يرجع الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق واجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق

قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما ● لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضى والقضاء لانه مختلف فيه بين العلماء فقبل دليل الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة و التخلص عنه على الخلاف الصحابة ان ثبت قوله وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطاء وانما هو الوهي وهو خطاء لان من المقصور السماعي لا بخطاء وتخطيته الى المخطاء خطاء قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضا او القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك عنده لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه ذلك الا ان منعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالرضاء كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على رفع سبب لا يجعل العقد ابتداء وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الاخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها قوله لان العقد وقع على الدليل على المطلوب وتقريره ان العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضا لانهما يفعلان بالتراضي بفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر في الاطلاق يشمل التراضي والقضاء خاصة الا ان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل الرد والبيع بطل الرد لسلامة حقه لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم ينتقض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد صار كان ذلك كابتداء عقد واما القاضي فانما يقضي اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فاذا عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضاء وفائدة من الوجه انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لاخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضاء او بغير بخلاف الرد في غيره ولذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع ان يرده على من تقدم كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال واذا تلفت العين الموهوبة ● واذا تلف الموهوب فاستحق

فضمن

فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل للواهب بخلاف المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها له فان قيل غره بايجابه الملك له في المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشتري اجيب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا ثم ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف لان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العين على ان تهب لي هذا العبد الا ان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين لم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض و يبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو تمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما انه اشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الموت وقوله لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه لانه لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة

قال ومن وهب جارية الا حملها ● اعلم ان استثناء الحمل على ثلاثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لاخر لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر ولم يجز او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس على شرف الوجود ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن ولان اخراج الولد من البطن ليس الى الموهوب له فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف جز الصوف والحلب في اللبن قوله وهو اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط

الفاسدة

وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم
الثالث وهو الوصية وسنذكرها فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب
لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فيكون جائزة واشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها
ثم وهبها لم يجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لان الجواز في الاستثناء كان باعتباره وجعل
الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها مشاع لكنها فيما لا يحتمل
القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فان لم ينفصل في الحال يجب ان الجنين لم
يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم المشاع يحتمل القسمة وكان المص المنتشر من السؤال رده فقوله او هبة شيء
مشغول بملك الواهب نحو كما اذا وهب الجوالق وفيها طعام الواهب ونحو ذلك لا تصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل مثل تصحيح
يجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء بهذا التفسير وهذا الشيء ومسئلة التدبير كذلك كما مر وكانتا متشابهتين
والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابه وعن المص اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق يشابه في جواز الهبة
والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه
بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه
شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ سنذكرها وانما بطل الشروط
لانها فاسدة لمخالفتها المقتضى للعقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد والاعتاق او غير
ذلك تعين بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله عليه السلام اجاز العمرى وابطل
شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة
لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال
ومن له على اخر الف درهم فقال له اذا جاء غد فهي لك وانت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف
فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء عليك من وجه لانه يرتد بالرد واسقاط لانه لا يتوقف
على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه واسقاطا من وجه والتعليق
بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعدا الى ما فيه تمليك فان قيل قوله
هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدل الصرف والسلم فان هبة لمن عليه اذا ابراء المديون منهما وهبته له
توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض
المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد يعني بالطلاق انه
ان عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب ان يرد في مجلس الابراء والهبة وقوله
وبالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر
على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل
داره له مدة عمره فاذا مات ترد عليه جائزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته بعده لما روينا انه عليه السلام اجاز العمرى و
الشرط وهو قوله واذا مات ترد عليه باطل لما روينا انه عليه السلام ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد

لما بينا

لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل لغيره داري لك
رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد لا تفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عندهما فيجوز للمعير ان يرجع فيه ويبيعه
في اي وقت شاء لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى
شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك
فصار كالعمرى ولهما ما روي الشعبي عن شريح ان النبي عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما
ان يقول ان مت قبلك فهي لك لانه من المراقبة كانه يرتقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ورد
نفي الرقبى عنه مما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير اخر وهو ان جعلها من الرقبة كما ذكرنا و
قيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة
ليس بمستحسن فان قيل ما جوابهما عن حديث جابر ان النبي عليه السلام اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه
عليه السلام سئل عن الرقبى ففسرها ابو حنيفة واضح صحيح فاجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة
تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا قال الصدقة كالهبة لا تصح
لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا يجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة الا انه نوع يمنع تمام القبض
المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تامل فان حصول الثواب في
الآخرة فضل من الله تعالى فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل
الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض ثمه حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد
بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة
على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدم الرجوع وكذا العامة قالوا في ذكر لفظ الصدقة دلالة على
انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القربة قوله ومن نذر ان يتصدق بماله الخ ذكرناه من المسئلة
بوجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام
تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان
الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشريعة وانواعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها
نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين
للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها
وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشق الانفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر
بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول باللفظين الذين هما من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة
واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكر ان شاء الله تعالى قال الاجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي
قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهي بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك
المنافع وهو معدوم في الحال لم ينقص القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس
فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكر في الكتاب وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف

عرقه

فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية
الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا
يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها
وهو الاجرة فان قيل لو كان كذلك لوجب ان يصح رجوع للمستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا
استاجر شهرا مثلا ليس له ان يفسخ بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
بالقبول الزاما للعقد في القدر المعين ثم يظهر عمل العقد واثره في حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا
يعني يتناول معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى نقد الثمن
وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة
لما روينا من قوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا
يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة
كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه
وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان
التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا
بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وقد نظر فيه فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كان
بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر في المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان
يمثل بمثال اخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا
تصلح ثمنا اصلا وقوله فهذا اللفظ يريد به وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض
مالي فيعتمد وجوده والاعيان والمنافع اموال فجاز ان تقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي ايضا ويمكن ان يجاب
عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف
الاجرة **قال** والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قد بينا ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة في الاجارة فلا بد
من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة مدة معلومة كائنة
ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان يبين ما يزرع
فيها فانها ان لم يبين فيها متفاوت فلو لم يتعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا
كانت بحيث يعيش اليها العاقد لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها
مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان
الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتابيد
يبطلها وجوزه اخرون منهم الخصاف رحمه الله لان العبرة في هذا الباب للصيغة كلام العاقدين ولذا تقتضي التوقيت
ولا يعتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما

اذا

اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى تلك المدة غالبا
وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة قوله الا ان في الاوقاف لا تجوز ان تكون استثناء من قوله اي مدة كانت واعلم
ان الجواز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار كيلا يدعي المستاجر ملكها الا اذا كان
يشترط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك
يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه
وبين الثوب ولون الصبغ وقدره او استاجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة او استاجر دابة ليحمل
او للركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب والله اعلم

كتاب الاجر متى تستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط
وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التمليك وما يتعلق به من المسائل **قال** الاجرة لا تجب بالعقد قال
صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا
يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا تملك
لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا تملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كيف
يستقيم ذكر الاعم وارادة الخاص الاخص ليس بمجاز سائغ لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب
وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله تستحق بمعنى
يدل على هذا قوله وقال الشافعي يملك بنفس العقد والمراد محل الخلاف فتحمل او اشتراك الشافعي يقول ان
المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم يجعل موجودة
كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت
الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب
ان الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا
على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بالاتفاق ومن قضية عقد المعاوضة المساواة
فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في
الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل
فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى
العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني
ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان
عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولو لا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف
ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة
لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه وصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة
بما يذوب لفلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء او استيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح

بالتعجيل او باشتراطه فكذا الرهن به والحوالة غير قوله ولو لم يجعل موجودا كان دينا بدين وهو حرام فذلك لم يبين
لان الرهن لا يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين ومن هنا طريق
سايغ شايع لكونه اقامة السبب مقام المسبب والمعدوم موجودا فلم يهمل كذلك قوله واذا قبض المستاجر
لبيان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء ثم قال فعلى هذا كان الواجب ان يقول بدل ما قال الربعة وان نقول او
باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل على الاقسام لا يكون
قسما بل انه فلو قبض المستاجر الدار مع صحة الاستئجار ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي
وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الاجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة
في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة
عن شاغل ولم يكن هناك مانع منه او من العين او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد
ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بفوات الشي منها زوال التمكن فلا يجب الاجر
فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاع ونحوه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم
وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة بدون ان يركبها او سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها جرح فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة
فيها لكن استاجر دابة في بغداد الى الكوفة وسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مرت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة
او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لكن منعه السلطان او غصبها غاصب او لم يكن شي من ذلك اصلا
لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب لانه لم يستوف المنفعة لان التقصير لم يكن من جهته بل لعدم
التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المص ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا
على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه منهي عن الاقدام على الانتفاع
على ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة
العقد ومكانه فكان خاليا عما عداه وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليها
ووجود المانع في بعض المدة والمكان سقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر قوله ومن استاجر
دارا ذكر من البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال انه اما ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد اولا
فان كان الاول فعليه المطالبة الا اذا تحقق انتفاعا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل لان الاستحقاق
يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل
وان كان الثاني فللموجر ان يطالب المستاجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي وان استاجر
بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة آخرا
وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع
في المدة وما هو جملة في المدة لا يكون مسلما في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق
الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه لما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه
هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل فراغ العمل كما سيأتي فان قيل قال المص فلا يستوجب الاجر على

اجزائها

اجزائها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد
لان شرط القياس اتحاد العلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فيلزمه بقدره ولا كذلك العمل
لانه لم يستلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق
القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياطة وجد بتقدير الانعدام الخياطة لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما
تقديرا على ان المصنف لم يلتفت الى صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا لم يكن للرجوع عنه وجه وجه
القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة لكن المطالبة في كل ساعة
تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به بل المطالبة تفضي الى عدمها لان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع باجر جهة الموجر
فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا باليوم في الدار والمرحلة
في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرته حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به فلم يستوجب به
لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان يثبت فيفرغ امر معاجل ان يطالب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل
في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم
قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير
لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر في كل ذلك نقلا يدل على ان من استاجر خياطا ليخيط له
في بيت المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة لانه كانت له
حصة معلومة من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في التجريد عن المحيط قد ذكر فيه مثل ما ذكرنا في الكتاب فيحتمل ان المصنف
اتبع صاحب التجريد بان الفضل الكرماني في متن الحكم واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض
الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة ويؤدي ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس الكلام مثلا في
لبس او لدر عامل حصة معلومة من كل ثوب علامة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة
ثوب على حدة باجرة معلومة فيفرغ من عمله فيستوجب اجرته كما في كل ثوب ولعل هذا معتمد المص قوله ومن استاجر
خبازا ليخبز له مسئلة ذكر من المسائل ما حكمه اصل من الاجير المشترك لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من
الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى
يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له
للهلاك قبل التسليم فان قيل الخبز في بيته يمنع ان يخبز بيده ومن عمل في بيته فهو اجير واحد واستحقاقه الاجر لا يتوقف
على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستاجر على العمل
فكان اجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما اليه
بالتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجبه قال المص وهذا اي قوله لا ضمان عليه
عند ابي حنيفة لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب ولا
يبرا الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه
ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب

خراج

الضمان عليه وحال وجوبه بما لا قيمة له قال في النهاية بين الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند عامة
فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلأنه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلأنه هلك بعد التسليم وسلـ
يتم إن كان الوضع في بيته تسليماً ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فعليه الغرف في القصاع لأنه تمام عمله
عرفاً فإن استأجر طباخاً قدر خاصة فليس عليه الغرف ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر عند أبي حنيفة
بإقامتها فإن أفسدها المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لأنه لا يصير لبناً إلا بعد ذلك وما دام على الأرض لم يصر لبناً وقالا
لا يستحقه حتى يشرجه أي ينضد بضم بعضه إلى بعض لأن التشريج من تمام عمله عرفاً وباقي كلامه ظاهر قال
وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي
الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب يعني الظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع
فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فإن قيل فعلى
هذا التقدير يكون حبس العين ضرورياً فلا يتعدى إلى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه قلنا الجواب ما أشار
إليه بقوله لأنه غير متعد يعني أن الضمان لا يلزم إلا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا أجر له
لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار
إن شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وإن شاء ضمنه محمولاً وله الأجر وسنذكره في باب ضمان الأجير وكل صانع
ليس لعمله أثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل إنما هو
بالعامل ويصير ليس الحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني إذا لم يكن فيه غير النشا وغيره سوى إزالة
الوسخ بالماء وأما إذا كان فهي مسألة القصار وهو مختار بعض المشايخ اختاره المص وذكر في المبسوط وكأنه
قال في ... إن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الأصح لأن البياض كان
مستتراً وقد ظهر بعمله قوله بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس وإن لم
يكن لعمله أثر في العين قائم ووجهه أن الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق
الحبس وهذا الذي ذكره يعني حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعمله أثر هو مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر ليس له
حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه
بملكه والمسلم إلى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب قلنا إن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل
وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل
إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبسه بعقد تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فإن
للبائع أن يحبسه وإن تسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه وإذا
شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل أن يقول له أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً أو أنه
أشار المص بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في
محل بعينه كأن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها وفيه تأمل لأنه خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع
منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق العمل

ويمكن

ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين **فصل** لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في
هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه وعقبه لأن الأصل في الباب استحقاق تمام الأجر هو الأصل والنقصان لعارض
ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بالباقي فإن كانوا يكونون على جماعة معلومين العدد
أو لا فإن كان الثاني استحق جميع الأجر وإن كان الأول فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض
بقدره وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني واختاره المص والبلد بما تقول ومراده يعني القدوري إذا كانوا معلومين
وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرد الكتاب فلا أجر له وإلا فإن كان الثاني
استحق أجر الذهاب بالإجماع وإن كان الأول فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أجر الذهاب وقيل بناء
على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب
وقد أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الأجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى
المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الأجر كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب
به فوجده ميتاً فرده فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناء ما مضى على محمد
أن المعقود عليه في مسئلة الكتاب قطع المسافة ولم ينتقض ما قطعه منها **باب ما يجوز من الإجارة وما
لا يكون خلافاً فيها** لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة باعتبار اللفظ وتعيين
وذكر انضمام الأفعال ما يعد خلافاً من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافاً **قال** ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى
قيل صورة المسئلة أن يقول استأجرت منك هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره فله أن يسكن ويسكن
السكنى وإن لم يبين لأن العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكناً وفي القياس لا يجوز لأن المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع
وهو متنوع فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصاً فينصرف إليه قوله ولأنه لا
يتفاوت جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه أن السكنى لا يتفاوت
والتفاوت لا يشتمل على العقد فيصح وله أن يعمل كل شيء من السكنى والإسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر
الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للإطلاق أي لإطلاق العقد فإنه ليس بتعيين شيء دون شيء إلا أنه لا يسكن
حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً بالماء أو بالدابة وهو البناء وفي الجملة كل ما يضر بالبناء جاز أن يعمل فيه
وتقييد به قوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حداداً يكون نصباً على الحال وينتفي به الإسكان دلالة ويجوز
أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به وينتفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استئجار الأراضي
للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من البيان
نفياً للجهالة أو ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة أو يقول
على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع ويدخل الشرب والطريق في
العقد بلا تنصيص لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لأن المقصود
منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة وهي الأرض الخالصة من البناء والشجر ليبني
فيها أو يغرس لأن ذلك منفعة مقصودة بالأراضي فيصح لها العقد فإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة

لانها لا نهاية لها ففي ابقائها اضرار بصاحب الارض من جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان ينقص بالقلع او لا
فان كان الاول فان شاء يغرم قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه برضى المستاجر وان شاء رضي بتركهما على حالهما فيكون البناء
لهذا والارض لذاك لان الحق له فله ان يترك وان كان الثاني فليس له ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا الا برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع
اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قلعنا
تضرر المستاجر ولو تركناه بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية الجانبين فيصار اليه وورد مسئلة الجامع الصغير
لبيان ان الرطبة كالشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل وان استاجر دابة للركوب فان اطلق
يقول عند العقد استاجرتها للركوب ولم يزد عليه فقال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلان فهي ثلثة اوجه فان كان الاول
فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان ركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى
المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا
لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال وكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة
فكل جزء عند ابتدائه واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى بتعيين
اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك فعطبت
ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اي والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من شاء وان كان الثالث
فليس له ان يتعداه لانه تعين مفيدا لان اعتباره مفيد فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل
كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التعيين غير
مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت السكان ايضا فان بسكنى بعض قد يتضرر كالحداد ونحوه اجاب بقوله
والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرته لك تستغن عما في النهاية من التطويل وفي قول المص فيجوز استيجار
الدواب للركوب معناه للركوب بعينه اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا وقدرا ان يحمله على الدابة مثل ان يقول
خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها وما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم
فانهما اذا كانا خمسة اقفزة كان اقل وزنا فكان اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف
الى المثل والسمسم يرجع الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا اذا كان من حيث
الكيل فانما جاز له ذلك لانه يدخل تحت الاذن لعدم التفاوت يعني بما اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به ما اذا كان
اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه لا يعلم الرضا به ولو استاجرها
ليحمل عليها قدرا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من
ظهرها بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكر مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المثال للكيل وهذا
نظير الوزن وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف
من الراكب لا يعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي
غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ
فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطاء فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة

اكثر

اكثر تاثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك
بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملها ما لا يطيق مثلها واما اذا كان
حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس
المسمى كمن استاجرها ليحملها خمسة اقفزة شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما
اذا كانت من جنسه لانه ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فتوزع الضمان ونوقض بالمستاجر ثورا
ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان
الطحن انما يكون شيئا فشيئا فلما طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير
الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو ماذون في بعض دون بعض فتوزع الضمان على ذلك
وبهذا تبين فقه ما قيل على ما اذا استاجرها ليركبها فاردف رجلا انه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها
ليركبها بنفسه فلو اركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه ان لم يوجب
زيادة لا يوجب نقصا فالمخالفة لانه في الاركاب منفردا مخالف من كل وجه وفي الارداف ماذون من وجه
دون وجه وهو متبع جملة كما تقدم قال وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه
لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل
تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف هو المراد بمطلق
العقد لا داخل تحته ونحوه اي نحو الذي ذكرنا في الكبح المتعارف للوهد اي الكبح المتعارف والضرب المتعارف يكون داخلا
لان المراد لان العقد المطلق ثبتنا ولهو غيره ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن مما
ينتفع به ماذون مقيد بشرط السلامة اذ المقصود يتحقق بدونهما وههنا يمكن ان يتحقق السوق بدونه فصار
كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن منذر وهي على راس
ميل من الكوفة فجاوز بها الى القادسية وهو موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت
وكذلك العارية وتختلف المشايخ في معنى هذا الوضع فمنهم من قال المسئلة بالراجحة ان استاجرها ذاهبا فقط
لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه كان
مودعا معنى فهو نايب المالك والرد الى النايب كالرد الى المالك يعني ما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع
اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا
وهو قائم في كل حال فكذلك يجد مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لبقاء الامر لكونه مقصودا وفيه يكون الرد الى
نايب المالك والمستاجر والمستعير مامور بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن
الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ ولم يبق نايبا فلم يكن الرد اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نايبه
وهو نقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب الى الغاصب فانه يبرأ وان لم يحصل الرد على احد منهما وليس الرد على احدهما
يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما فقد يحصل البراءة بسبب اخر كما في غاصب الغاصب

الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه قبل ذلك فقيل الرد إلى المالك ونائبه إزالة للتعدي
وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه قبل ذلك فلا يلزم صلاحيته لذلك فلو وجب
الرد على الغاصب رجع على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم
كون الشيء مضمونا بضمانين قبل إلحاق العارية بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه أي بتقسيم لثبوت التفرقة بينهما
فإن المستأجر كنائب المالك حيث ينتفع بما بجهة من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في المودع
بخلاف الإعارة قوله لأن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرتفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق والإلحاق
في المناط كاف للإلحاق وهو موجود فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا أثر الرجوع إليه فلم يكن الخلط
فيه مقصودا وذلك موجود فيهما للإحالة قوله وهذا أي الإجراء على الإطلاق أصح ومن اكترى حمارا بسرج
فاستعمله بموافقة فإن نزع فإنما يستعمل بسرج آخر أو بإكاف وكل منهما على قسمين أما أن يسرج بسرج يسرج
بمثله الحمر أو لا وكذلك الإكاف فإن أسرجه بذلك فلا ضمان عليه لأنه لما كان مثله تناوله الإذن إذ لا فائدة في التقييد
بغيره أي من حيث المنع بعين الفائدة في القول ما سبق تعين بأن لا يسرجه بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه إذا
كان غيره مثله في بعض النسخ في التقييد بعينه وهو أصح وقوله إلا إذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله
فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأخوذا في المسمى غير مأخوذ في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة إذا كان
من جنس المسمى ويوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وإن أسرجه بالإسرج بمثله مثل أن يسرجه بسرج
البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفا وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن
لما قلنا في السرج أنه لم يتناوله الإذن وهذا أولى لأنه خلاف جنسه وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند
أبي حنيفة وقد بين معناه المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه يضمن جميع القيمة ولكنه قال
هو ضامن وذكر في الإجارات يضمن بقدر ما زاد في المبسوط قال الكيساني في تعليقه وإنما ذكرنا المطلق محمول على
المفسر ومنهم من قال فيه روايتان في رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة
قال شيخ الإسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي
حنيفة منهم من قال المراد المساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن
نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحساب الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منوين والإكاف ستة أمناء يضمن
ثلثي قيمتها وإليه أشار المصنف في الدليل بقوله لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به
إلا إذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من
جنسه ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب وينبسط أحدهما على ظهر الدابة
الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل عليها شعيرا فإنه يضمن لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة فكان
مخالفا وقوله كما إذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لأنه عكس ما نحن فيه فينبغي المثال إلا إذا حمل ذلك مثال المخالفة
فقط من غير نظر إلى الانبساط ومن استأجر جمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو إما أن يكون ما سلكه
مما يسلكه الناس أو لا فإن كان الأول فإما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما أعسر وأخوف ونحو ذلك أو لا

فإذا كان

فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقييد إذ ذاك غير مفيد وإن كان الأول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا قال قيل محمد
رحمه الله أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد بما ذكر من التفصيل أجاب بقوله
إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وإن كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن
لصحة التقييد فصار مخالفا وإن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس
ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى إن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وإن بلغ فله الأجر لحصول
المقصود وارتفاع الخلاف معنى وإن بقي صورة **قال** ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة • ومن استأجر أرضا
لزراعة شيء فزرع ما هو مثله في الضرر بالأرض أو ما هو أقل منه يجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وإن زرع ما
هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فمخالفة إلى شر يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص
ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم
يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع إلى خياط ثوبا ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يعني من حيث
العورة ودفع الحر والبرد وقوله لحصول جهة الموافقة لأن صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بالخياطة القميص دون
القباء والثاني ظاهر

باب الإجارة الفاسدة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها الاحتياج
إلى معرفة لوقوعها في محلها **قال** الإجارة تفسدها الشروط • تفسد الإجارة بالشروط كما يفسد البيع
لأنها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الإقالة والفسخ والواجب في الإجارة التي تفسد بالشروط الأقل من أجر
المثل والمسمى وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الأقل من أجر
المسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية
عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان فإن البيع إذا
فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع
الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة وقد ينتفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم
اعتبار الإجارة الفاسدة إلا أن الفاسدة تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل
وهذا يقتضي لزوم الأجر بالغا ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم أجر
المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الوجوب على ما هو الأقل من أجر
المثل والمسمى بخلاف البيع فإن العين متقومة في نفسه وهي القيمة هو الموجب الأصلي وعما ذكرناه لتذكير الخبر فإن صحت
التسمية انتقل عنه وإلا فلا ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد لأن تسمية جملة الشهور مثل
أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف إلى الواحد لتعذر
العمل بالعموم لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك والمحصور أيضا ترجيح بلا مرجح والواحد
منها معلوم متيقن فيصح العقد فيه وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد
الصحيح وهل يشترط أن يكون النقض بحضرة الآخر أو لا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول إنه لا يصح من غير محضر
صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول إنه لا يصح بغير محضر بلا خلاف

ونحو ذلك فلو في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر
وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس
واليه مال بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار
الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على ان راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها
الهلال فكلما اهل مضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته
وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ
العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر
دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد
ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره
لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء كذكر الشهر منكرا او في مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا
حلف لا يكلم فلانا شهرا ابدا الى الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم
بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب النذر ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه
على السواء لان الليالي ليست بمحل له وصحة الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقدر ذلك بالسبب
ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يصرفه هو الشهر السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية
فيما كان الحل به ممكنا لا ينصرف الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي
يوسف ثلثمائة وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف ان الاول بالايام والثاني بالاهلة فيكون احد عشر
شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخر لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها
فلا يتعدى الى غيره ولابي حنيفة ان تمام الاول وجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم
الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب
النهاية من حوالة غير ان بحثا فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة بالايام وعندهما الباقي
بين الاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان
الطلاق بالاهلة في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة
كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال
ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام استيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك ولم تعتبر النكير
عند الجهالة وكذلك ترك لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام
فلما روي ان النبي عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم
فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره
غلة الحمام اخذا بظاهر قوله عليه السلام الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ
الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار وروي عن احمد بن حنبل انه كان يبيح اجر الحجام ويكره كسبه

عثمان

عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي روى ابو هريرة ان رسول الله عليه السلام قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب
الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ اجرة الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء
اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال
وقد صح ان النبي عليه السلام دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر
فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في
اخر حديث ابي محيصة فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر
فقال ان لي عيالا وحجاما فاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة
عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة تجويزه وجها
وهو انه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع
قلنا هو مخالف لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس رواه البخاري وفي لفظه اخذ الاجرة عليه ولا
يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه نظام وقوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما
لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا رحمهم الله مشايخ بلخ
استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند
عدم الاستيجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع
حفظ القران وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم
من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله الخيزاخزي
يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي لانه
استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا
الى الشرع وهو باطل قال ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك ولا يجوز ان يؤجر الرجل
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او
مجهولا وقالا يجوز لان للمشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل والمنفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على
المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه يتمكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار
كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه اجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين
احدهما ان يكون معارضة وتقريره اجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة
كالدار او لا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع بدون الاجارة عقد على المنفعة
فيكون دليلا ابتداء من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لا نم ان المانع منتف فانه اجر ما لا يقدر
على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا ان التسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان
التخلية لا تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن
فكانها اعتبرت علة وهي وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة

بخلاف البيع لأن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله
ولما التهايؤ جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب
للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن إثباته بالتهايؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر
عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما إذا آجر من شريكه جواب عن قولهما أيضا كما إذا آجر من شريكه ووجهه أنه إذا آجر من شريكه
فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لأنه لو لم يكن فيه شيوع لجاز استئجاره من غير الشريك لكنه يحتاج
وأجيب بأن المراد بالشيوع المانع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه والمنفي شيوع موصوف ويجوز أن يكون الشيوع مانعا الحكم باعتبار
دون آخر فيمنع عن جواز الهبة حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والأجنبي فيه
سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصور والشريك والأجنبي فيه
سواء وأما هنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله
والاختلاف في النسبة لا يضر جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لأن الشريك
ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف
في السبب غير معتبر إذ المحل المقصود على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالمتبرع على هذه الرواية
وقوله بخلاف الشيوع الطارئ بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الإجارة في نصيب الحي شائعا
في ظاهر الرواية لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء لأن القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء وليس
تعلق ظاهر لأنه جعله سبيل الجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما إذا آجر من شريكه عن ذلك يعرف
بالتأمل وقوله وبخلاف ما إذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال أن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق
الملك فيما طارئ فإن قيل لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن تبقى الإجارة له
حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء
فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وإنما الخصم يقول لا انعقاد
للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا شك فيه **قال** ويجوز
استئجار الظئر بأجرة معلومة استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن نفى بعد الطلاق
ولأن التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله عليه السلام وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع
وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يتبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح والمصنف وقيل
هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود
وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به
واستوضح المص من الجهة بقوله ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر وتبين ما مع المختار عنده بقوله هو الأول أقرب إلى
الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وعد بيان العلة
عن الإرضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المص ما أعرض عنه شمس الأئمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تقليد
صرف لأن الدليل الذي وضح أن مراده قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاشه

الصبي

على وجه خاص يتعلق بأمور وسائطها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على
إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح والتشبث بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق
لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد
الإجارة لا ينافي ظاهر الرواية ولئن كان فنحن نمنع أن يستحق بعقد الإجارة وإنما الكلام في استحقاقه من حيث
كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله وإذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الإجارة بالحل بطريق يعني
صحت إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد للخدمة مثلا فإن قيل قد علم أول المسألة جوازها حيث
صدر الحكم فاستدل بما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع إلى إثباتها بالقياس
ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات وبطعامها
وكسوتها أيضا استحسانا عند أبي حنيفة لأن العادة الجارية بالتوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد
ترفع الجهالة بخلاف ما قالا في غيرها من الإجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فإن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة فلا يجوز
بطعام الطباخة وكسوتها وذكر في رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والأجل والقدر
وفسر قوله فإن سمى الطعام دراهم بأن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها يعني مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية
ومثل التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى
الطعام بإزاء الدراهم المسماة وهو حق ولو قيل في كلام المص لفظة بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا آل إلى ذلك وهذا
أي جعل الأجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله أي تأجيل الطعام المسمى أجرة
لأن أوصافها أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة أثمان أي أوصاف أثمان من وجوبها في الذمة إذا كانت دينا والأثمان لا يشترط
تأجيلها بخلاف ما إذا كان مسلما فيه لأنه في السلم مبيع وإن كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الإيفاء
إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر **قال** وليس للمستأجر أن يمنع زوجها
من وطئها لأن وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به أي بعقد الإجارة
صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج ممن يشينه ظئورة زوجته أو لا وهو الأصح لأنها إن كانت
ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وإن كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من إدخال صبي الغير في منزله ولكن
للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا
خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يفسد الصبي وكان الخوف عذرا تنفسخ به الإجارة كما لو مرضت قوله وعليها أن تصلح
طعام الصبي لأن العمل يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر وقوله وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا
أجر لها لأنها ما أتت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع فإن هذا إيجار وليس بإرضاع دليل ظاهر على ما قدمنا فإنه إنما لم يجب الأجر
لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو أوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الأجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو
الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله لأنه اختلف العمل بدل أن قوله بلبن الغنم وفي بعض النسخ ومؤنة وفي بعضها لأنه
فإن قيل الظئر أجير خاص أو مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع
فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص فإن العقد ورد على منافعها في المدة ألا

انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيره من قبيل ذلك العمل والاجير الخاص من فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص
لا بعينه وذكر في الذخيرة ما يدل على انها يجوز ان يكون خاصا ومشتركا فانها لو اجرت نفسها لقوم اخرين كذلك ولم يعلم
الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه من جناياتها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها تحتملها
فعلنا بانها تستحق الاجر منهما جملا تشبيها بالاجير المشترك وبانها اثمت نظرا الى الاجير الخاص قال ومن دفع الى
حائك غزلا لينسجه بالنصف ومن دفع الى الحائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا يحمل طعاما له
بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا
ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل الذي كان عرف ديار ... على ذلك فهل يترك
به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا نسلم ذلك بل يخص عن الدلالة
بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما نقل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف
ذلك في موضعه قوله والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي عدم قدرة ذلك وهو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج
او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب
ما انعقد فاسدا كان للاجير اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر المسمى
ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجر في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجر يحكم بالتعجيل وجب ملك الاجير في الاجر فصار حاملا
طعاما مشتركا ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود
عليه قوله بالنصف الاخر تلويح الى مسئلة اخرى وهي ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا لان ... فيفسد
الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر قوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا اتصل بقوله ولو كان
اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانهما اسقطا الزيادة في الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا
بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب غير معلوم فلم يصح
الحط واما عند ابي يوسف فلا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشتركا وهذا اذا احتطب احدهما
وجمع الاخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزداد او ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب خمسة
اثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد ذكر في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم
فعليه ان يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل جاز العقد ويجعل ذكر الوقت ... فكانه استاجره للعمل على
ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا اولى ... دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول للتردد بين امرين
كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الاخر
والجهالة المفضية الى النزاع يفسد العقد وهذه كذلك لان المستاجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ويطالبه
في الاول باستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فاذا مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير الاجر نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر
نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة

وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة اجاز
الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة
فيها جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان ذكر دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت
الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها
تفيد الشرط على ما عرف في موضعه فجعله شرطا دل على ان المراد التعجيل ويؤيده ما روي عن ابي حنيفة وهو المذكور
في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والظرف لا يستغرق المظروف كما مر في الطلاق فكانه قال ان
عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح
ان تكون معقودا عليه ويلزم الجهالة قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها يريد بيان ان الشرط الذي لا يقتضيه
عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما
في البيع فان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها جاز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الا
بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس
من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض
يصير مستاجرا لمنافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات
العقد لان المراد بالتثنية ان كان ان يردها مكروبة فلا شك في انه لا تقتضيه لان الزراعة لا يتوقف عليه وان كان المراد بها ان يكربها مرتين
فيجب ان يكون ذلك في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا يخرج الارض
الا بالكراب مرتين او كان يخرج بالكراب مرة لكن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان ذلك حينئذ من مقتضياته
والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول والمنفعة
في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول واذا
استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب
وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان وبهذا جازت الاجارة بالاجرة المؤجلة على ... ولو لم تكن المنافع
بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع
القوهي بالقوهي نسيئة وقد تقدم بيان ان الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي في البيوع الى هنا اي الى بيان الطريق
الثاني محمد رحمه الله وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكرة
فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي
اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا ابن لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول ان
النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور فيما هو
موجود في الحال وما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما
اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه وفيه يحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجود التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا
عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب ان الكتابة

بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق يثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة
تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لفقدانه فيه ولم يوجد لهما حكما وعدم الآخر فيتحقق النساء فيجوز ان يسلك طريق آخر
وهو ان يقال لم يجعل ان يسمي الاجارة فاسدة لأن المعقود عليه ان يكون موجودا دون الآخر او لا فان كان لزم النساء وهو باطل
وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال فيه قسمة غير حاصرة لجواز ان يعتبر احدهما موجودا دون الآخر لأن بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة
جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول المقصود بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة
كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي اجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين
وان قيل انتفى المعقود عليه معناه لقيام العين مقام المنفعة فيما لم يصحبه الباء ثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر
المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل وروى بشر عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان
تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت **قال** واذا كان الطعام بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر
احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي له المسمى
لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام يعني الطعام
المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع لان الحمل
على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس
بمعقود عليه والمعقود عليه لعمل لا وجود له لا يجب لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا
وفرق بينها وبين اجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان ثمة امكان تسليم
المعقود عليه يتعين على الوجه الذي وجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وهاهنا فانه متعذر اصلا فلا يجب
قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشائع شائع
شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما من
جزء الا وهو شريك فيه فكان عاملا لنفسه وما عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم
تحقق التسليم اليه ولقائل ان يقول لا يخلو اما ان يكون عاملا لنفسه فقط او عاملا لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك
والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه
فقط لان عمله لنفسه اصل وهو موافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة ومتى تردد
يجعل عاملا لنفسه بحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار
المشتركة جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها يتحقق
بدون وضع الطعام فيها فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه
هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما تقدم وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه
ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف
الحمل لانه فعل حسي فكان الضابط ان كل موضع لا يستحق الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع
لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها

او ليغرسها او يبني فيها للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة تستأجر
لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنها ما يضر بالارض كالرطبة ومنها غيره كالذرة والارز فاضرر بعضها اكثر من ضرر الحنطة
والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا وفي القياس ان لا يكون له ذلك وهو قول
زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد ببعض الحاكم به فوقع ما وقع منها
من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار او غير ضار وقد ارتفعت
الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها في ذلك الوقت كارتفاعها حالة العقد لان كل جزء منه عقد كانه ابتدأ
ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هاهنا وصار كما اذا استأجر الى الرباطين ثم اسقط الاجل قبل ان يأخذ الثاني فيه
كما اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذه مسألة المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك
ايضا لكن لما ثبت عند ذلك بدليله فيما تقدم ذكرها هاهنا بطريق المبادي لا يقال ذكر هذه المسألة تكرار لانه ذكر في
اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري
وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى ومن استأجر حمارا الى بغداد
بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة
فالعين المستأجرة امانة في يد المستأجر في الفاسد كما في الجائز لان الحكم للفاسد نفسه لانه مشروع باصله فلا بد
ان يكون من الصحيح حكمه فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسألة الاولى وهي قوله ووجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب
الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه في المسألة الاولى وقبل ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد
لانه قائم بعد

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي
الضمان **قال** الاجراء على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال
عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف
دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف
وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته
على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف بالحكم ولا يصح عند عامة المحققين فاذا انضم الى
ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه هناك في ذلك الى التعليل
على التعريف غير صحيح وفي كونه غير صحيح نظر لان التعريف به تنظير والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود
عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الاجرة ونوعه قوله من هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة
في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر
لهما ما روي عن عمر وعلي انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به والحفظ اذا
هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير منه فيوجب الضمان كالوديعة

اذا كانت باجر فانهما يقولان انا نصور المسئلة في حافظ الامتعة باجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان الهلاك عنده امانة بخلاف
ما اذا لم يمكن التحرز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين في يده امانة لان
القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب فان قيل
الاعتبار بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما امكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب بان الحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان العقد يعقد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس مقصودا اصليا بل لاقامة العمل فكان
تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ
مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق
الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه صاحبها
مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امر بالعمل مطلقا اذا استاجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك فما
يرد على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا
ان الداخل تحت الاذن اي الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر انما ثبت في ضمن العقد ولازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو
العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى
لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد ماذونا به بخلاف
معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده
ان يلزم من جملة الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة
وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره قوله وانقطاع الحبل جواب عما عسى ان يقال
انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه
لا يضمن به بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي
وضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استاجر
من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء
ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع
هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار
او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما التخيير فعلى قول الفقهاء يقتضي ان يجب
عند ابي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب
ان يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء
من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان
اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا وكذا فصد
الفصاد وبزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ
الخ وانما اعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري فكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلان

ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه اذا تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى و
الهلاك ويفيد انها اذا لم يكن بامره ضمن وتحرير ذلك ان الهلاك ان حصل من السراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن
لان السراية يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد
بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة وليس كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك معلوم بالدق قبل ان يخرج
العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية
الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان ولم يعلم منهما قدر الضمان على تقدير حصول
الموت اجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه
نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه اجيب بان محمدا
قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيقدر بدله ببدل النفس
كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه
وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب بعد
التساوي لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كلا
منهما يحتمل ان يقع تلافا وان لا يقع والتفاوت غير منضبط فكان من باب الجارح بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يقع تلافا قال
والاجير الخاص الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة شخص او
لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله هنا وقد ذكر وجه التسمية ومنهم من قوله ولهذا
اي ولان الاجر يقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له بقي الاجر مستحقا وان نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك
فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب
الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل
وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل ومن ان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يخط بخلاف
ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا فنقضه يستحق
الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غاب او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله وتخرق الثوب من دقه
الا ان يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول فهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول
القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال
الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ
الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه فيكون السلامة غالبة فيوخذ فيه بالقياس واما الثاني
وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها
فاذا امر بالتصرف في ملكه صح وصار المامور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر
في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط

ان خطته من الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له
وكذلك لو كان الترديد بين الصبغين او الدارين او الدابتين او مسافتين وكذا لو كان بين ثلثة اشياء اما اذا كان بين اربعة
اشياء فلم يجز فالمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك
لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا يرتفع المنازعة
الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني
فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فبايهما خاط استحق
المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع
وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله ان خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا
للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله ان خطته غدا بنصف
درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعدد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان المذكور في اليوم قال ان ذكر الغد اذا كان
للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا في اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل
فيجتمع مع المضاف الى الغد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال خطه
بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا ولهما ان الجهالة ترول بوقوع العمل فانه يتعين الاجر اللازم به عند العمل
كما تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى
العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل
الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مرادا لكونه حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع
في كل يوم تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل لكن
بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التاخير
مقصودا ايضا باختلاف الغرض كالنوع من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق
حقيقة اي للاضافة ويجوز ان يعبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية
الاولى باقية وانما ينحط النصف لاجل التاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل
التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن
حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير
مشتركا واذا نظرنا الى اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجر ما لم يعمل
وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن
الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وصح ويجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى
ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي
جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية وليس لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية
يلزم في صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة وقد تشكل على قول ابي حنيفة بمسئلة الخاتم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت

وفسد العقد وههنا التعجيل وصحح واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك الا اذا منع عن ذلك مانع يمنع فيه
من الحمل على الحقيقة فسد العقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف ما لا نراد
فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التاقيت مرادا وفسد العقد وقد يقال دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل ويكون
مرادا نظرا الى نظام الحال والجواب ان الحمل على نظام الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زايد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه
فان نقصان الاجر دليل زايد على الحمل على نظام الحال ومما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع على حالة الانفراد فكانه لوجود الفارق
ولذا وجب اجر المثل فقد اختلفت الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني وروي عنه انه في اليوم الثاني اجر مثله
لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم
ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعقد في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية
لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى
الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال ولو قال
ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا
فبدرهمين ولو استاجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان سكنت حدادا فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الحيرة
على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند ابي حنيفة خلافا
لهما وان استاجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك
لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول ابي حنيفة خاصة كما في نظائره وجه
قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان
فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف
الخياطة الرومية والفارسية لان الاجرة تجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر يجب
بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في الدابة فتبقى الجهالة وهذا المراد اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم
لجهالة هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية
وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد
وكذا في اخواتها قوله والاجارة جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية الخ وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع
الجهالة اما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان تسلم ولم ينتفع به يجب
باقل الاجرين للتيقن به **باب اجارة العبد** تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة
الحر لاحتياج الى بيان لظهوره وتعبيه بانحطاط درجته ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك
لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق ولعرض المستاجر في ملك منافعه كالمولى
والمولى ان يسافر بعبده كذا للمستاجر واجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ويوضح
ان من ادعى دارا او صالح المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته
واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له حيث انه يعتبر حقه في الاخر

فالمستاجر اذا سافر بعبد يلزم الموجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وهو ما يربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست
على المدعي عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد ولم يرض بذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج
ان يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك ترتيبه عبدا وسئل نقول ويلزمه مؤنة الرد لتعلل الصلوات ان يقال لان
المستاجر في منافع العبد كالموصى له فان الموصى له بالمنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس للمستاجر كذلك بل على انها
بعقد ضروري يتقيد بما كان ونحوه فيجوز ان يتقيد بالمتقيد بالمولى والعرف يوجب عدم ضرر مؤنة الرد على مالكه
بوجوبه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر عبدا للخدمة في المصر ثم اراد المستاجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه
لا يمكن المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تنفسخ به الاجارة قوله ولان في اشتراطه ما يتعلق
بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت
الخدمة في الحضر عرفا لا يتعدى غيرها دلالة كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين
ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا
وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال
ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان
وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول على م
الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه **قال** ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه ومن غصب عبدا فاجر العبد
نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة
صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور ماذون في النافع ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب باتلاف
مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا
لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل
الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر
فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد
الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر في قوله والنافع ماذون فيه كقبول الهبة
وان كان ماذونا وهو العاقد ترجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة
فانه يحصل بالاداء اليه وضع المسئلة فيما اذا اجر العبد المغصوب نفسه فان اجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان
عليه بالاتفاق وان اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجر الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر عبدا هذين الشهرين
شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لان المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا
للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد
تحريا للجواز كما لو قال استاجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد ونظرا الى تنجز الحاجة فان
الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد كان الثاني
معطوفا عليه فينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك

واجيب

واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر والامر فيه محمول على ما في كلام الموجر المنكر فكان الموجر قال آجرت عبدي
منك شهرا شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة قوله
ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم ظاهر خلا قوله فيه تحكيم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق
ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر فكانت حجة للاستحقاق واجيب بان بعض ما ذكر
المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم
العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلاهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق
فهو في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة **باب الاختلاف في الاجارة**
لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض
قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب اي اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء
والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة في الصبغ فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل
الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان
شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قميصا
بدرهم فخاطه قباء واعترض بان ذلك في اتفاق المتعاقدين على المامور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف
يكون مثل ذلك واجيب بان مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر من الحكم ههنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان
قوله فالمربوط بخلاف الاجير اعتبارا فكانا مثلين في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه صاحب
الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ والاولى ان يقول لا يجاوز به المسمى على ظاهر الرواية وكلمة اعني قوله يضمنه لم يزد
الصبغ في رواية سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض
والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد ان
الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك فان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع
باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه
والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله
الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه
الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس
ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان من نوع ان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق لا للدفع
باب فسخ الاجارة اخره عن الباب المتقدم لظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة **قال**
ومن استاجر دارا تنفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا
استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة فوجد به عيبا كلتا عينيه واما اذا كان
عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد فلا تنفسخ له وقوله لان المعقود
دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان

العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر
أو قبله لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة
فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فإن المشتري إذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك إذا أزال
المؤجر ما به العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن
الرحى انفسخت الإجارة وهذا قول بعض أصحابنا وصحح النقل من القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت
الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فهذه إشارة إلى أن عقد الإجارة لا ينفسخ بانهدام
الدار لأنه لو انفسخ العقد لما شرط حضرة صاحب الدار لأنه حينئذ يعيب وهو لا يصح إلا بحضرة المالك بالإجماع وتعليل
المصنف على ذلك بقوله لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض
وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا فانهدم
فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه ينفسخ واستدل على ذلك
بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه إباق العبد المبيع قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به
لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه لورود استشهادا به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء وإذا
مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز لأن الانتقال من المورث إلى الوارث إنما يصح
في المنفعة والأجرة المملوكة لأن عقد الإجارة تنعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك تحولا بانتقال
ما لم يملك المورث إلى الوارث وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما أشرنا إليه
وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فإنه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونقض
بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فإن للمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى
بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بأن ذلك للضرورة فإنه يخاف على نفسه
وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض
مشايخنا إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة
لأن الضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر وإذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ
بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والأواني ونوقض أيضا بما إذا مات الموكل فإنه
ينفسخ الإجارة ولم يعقد لنفسه وكذلك الجواب بأنا قد قلنا إن كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم أن كلما انفسخ
يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه موت الصبي الذي ينفسخ العقد لأجله إذا مات العاقد
لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ
لأجله قال ويصح شرط الخيار في الإجارة إذا استأجر دارا سنة على أنه أو المؤجر بالخيار فيها ثلاثة أيام
يصح ذلك عندنا وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز لأن الخيار وإن كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات
بعضه وإن كان للمؤجر فلا يمكن تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على أصله إن المنافع جعلت

في الإجارة كالأعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس
وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لئلا يقع فيه الغبن
وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح
وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فإن الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات
بعض المعقود عليه وإنما كان فواته في الإجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لأن رد الكل في البيع ممكن دون الإجارة فيشترط فيه
دونها لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع ولهذا أي ولأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة يجبر المستأجر على القبض إذا
سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة لأن التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط إذا استأجر دارا
سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يمتنع من القبض في بقية السنة
عندنا ولا للمؤجر أن يمتنع عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الأصل الذي بينا
أن المنافع عنده في حكم الأعيان القائمة فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة
وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة على
من يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع أخرناه للاستشهاد حيث لم يكن الخصم قائلا به قال وتفسخ
الإجارة بالأعذار عندنا تفسخ الإجارة بالأعذار عندنا وعند الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب بناء على ما تقدم من أن المنافع
عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الإجارة ولنا أن المنافع غير
مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به كالبيع إذ المعنى المجوز
للفسخ يجمع الإجارة والبيع جميعا وهو أي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم
يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وقال الشافعي يحتج بما إذا استأجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع أو
استأجر إنسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده للأكلة وقعت بها ثم برأت فإنه
لا يجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لأن في المضي عليها إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج إلى الحاكم قال ثم قوله أي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي
إشارة إلى الافتقار إليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه
عذر فإن الإجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى القاضي وذكر وجهه في الكتاب وذكر في الوجه الأول أنه
فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان
المحبوبي قول من وفق فقال إذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر أي لكونه ظاهرا وإن كان غير ظاهر
كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر أي لأن يظهر العذر قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر أي
له فيه أي منعه عن ذلك ظاهر لا موضع بيانه ها هنا قوله ومن آجر عبده ثم باعه فلم يعتق هو لفظ أصل الجامع الصغير
لكن مسألة أن يبيع بعدما أجر اختلفت ألفاظ الروايات وقال شمس الأئمة الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط
حق المستأجر وأن للمستأجر أن يفسخ البيع وليبطل الصدر الشهيد قوله الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط
المخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الإفلاس قيل وقد يتحقق إفلاسه بأن يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون

عن تسليم الثياب الجيد او يحفظه دون كثيره ويصير بحيث ان الناس لا يأمنون على امتعتهم قوله ومن استاجر غلاما
في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال ... لا يبين السفر لكنه يبين فسخ الاجارة وانكر المستاجر على دعوى السفر
فالقاضي يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي يسأل فلانا هل يخرج معكم او لا فان قالوا نعم
ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا
وقيل اذا انكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر والكيل والكرمي
والعقوري

مسائل منثورة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع اى جزه والحصايد جمع حصيد
وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر قوله
هذا اذا كانت الريح هادية قال في النهاية بالنون من هدن اى سكن وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمزة اى سكن
وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادية والمضطربة اختيار شيخ الائمة السرخسي قوله واذا اقعد الخياط يعني
اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد في
دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق ويجعلا ما يحصل من الاجر بينهما بنصفين
جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان
المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان
مستاجرا الموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول ايضا والى وجه القياس مال القياس عندي وجه
الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة
التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فيجوز
القول بجوازها للتعامل بها قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا
على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل انما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج يقتضي اثبات الشيء
الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل ذكرا وتخصيص
بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا
بشركة التقبل على ان يتقبل احدهما ويعمل الاخر جاز فكذا هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المص
فانه قال ان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب بشركة التقبل وان
كانت شركة الاجارة لم تتضرر الجهالة فيما يحصل لهما في الشركة قوله ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا ظاهر والوطاء
الفراش والدثر جمع دثار وهو ما تلقي عليك من كساء وغيره قوله رد الزاد معتاد جواب عن ... مطلق العقد ينصرف
الى المتعارف وعادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجه العرف مشترك فانه معتاد
البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح معينا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم
في مسافة معلومة والتقييد بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد
به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ومن ثم وقع الاحتراز عن

البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة
خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب
عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء
حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها
ملك الرقبة للشخص ومنفعته لغيره وهو انسب بالاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها
بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه
من كل وجه قوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان ذكر ادائه لا يحتاج الى الايجاب والقبول وذلك غير مشروط في التعليق
لان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج
ذلك بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب لا يعتق بعد ادائه قيمة دون المعتق على مال
وشبهها ما مر عن قريب من تعلق البقاء المقدر وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها
في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة
وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة
على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت وكذلك كاتبتك او قال جعلت عليك الفا تؤديها
الى نجوما اول النجم كذا واخر النجم كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال واذا كاتب
المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه لما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد
ذلك صار مكاتبا المجوز من النص قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على شرعية العقد اذ
على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره وما كان مشروعا في النص يدل على خلاف المشروعية وهو ان الكتابة
عقد واجب ان يعمل وهو مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول
من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال وانما هو
ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم
فيهم ... على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال في الحمل على الاباحة الغاء
الشرط بيانا لكونه للندب وتعريض في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه
عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد
فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله عليه السلام ايما عبد
كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقيل في وقت
عتق المكاتب اختلاف الصحابة فعند علي يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس
العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت بما ذكرنا وهو المختار
ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو

يحيى

قول عثمان لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه
قال من مال الله الذي وهو يطلق على الاموال التي كالصدقات والزكوات فكان القدام بان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا
على اداء بدل الكتابة والمامور به الايتاء وهو العطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف
الثابت في ذمة المكاتبين نحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم ان علمتم
القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لان المراد بمحل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب قوله
فكاتبوهم قرينة لذلك قال ويجوز ان يشترط المال حالا بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا او مؤجلا او
منجما وقال الشافعي لا يجوز حالا لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلسا والرق
قبل العقد ليس اهلا للملك للمال والعاجز عن التسليم … على البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو
قدر عليه لما صح … يحسن البدل فلا بد له من اجل … بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان
احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثابت لان المسلمين
مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور
والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة
يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود
المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع
والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما
عرف من اصلنا وكذا ذكرناه في البيوع مستوفى ولانه مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرم … العبد وما يملكه لمولاه
من مولاه … فان لم يمهله … طالبه بالاداء وامتنع عنه يرد فيه بالتراضي او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه
على المضايقة فلذلك الامهال فيه … فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه
وهو الايجاب والقبول لان العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي فيه
وهو بناء الخلاف فيه بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوز لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له
وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر براي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان
لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قوله
ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا وآخر كذا فاذا اديتها فانت حر … يفيد معنى
الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة
ومعنى الضريبة على … المستفيد من عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت
فانت رقيق فلا بد منه وانما ذكره ليحث المكاتب على اداء المال عند النجوم والمكاتبة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت
الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية فيه في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل
للتيسير وذلك في المال الواجب والمال لا يجب الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص قيل
اي في رواية لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر

والمولى … فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم
يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون كتابة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم
يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بما تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج
من يده فلتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية اليد الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء فان
قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف تحقق الضم اجيب بان مالكية النفس
قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم او لتحقق
مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طوعا كان او غيره نهاه المولى عنه او لا لان مقصود
المولى وهو اداء البدل لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي
عليه درهم ولانه عقد معاوضة … ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اي المساواة باعتبار التساوي ان تنجز
العتق ويتحقق ان تأخر لانه يثبت له للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل
البدل وللمولى حق … من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا يصح
به الكفالة فلو ثبت العتق بناجزا كما قال ابن عباس على ما مر فاتت المساواة لانتفاء المساواة فاتية على ذلك التقدير
ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فاين المساواة لان نوع مالكية ايضا ضعيف لتطرق الانتزاع
بوده رقيقا فان حرر المولى عنه عتق بعتقه لان الكتابة المتقدمة لا تنافي رقيته فيجوز له ازالة ملكه ويسقط
عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود
بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع
البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر عند استيفاء الجزء
وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء كاخذ المنفعة لتعذر تقدير الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بالايلاج وحده وان جنى عليها
او على ولدها لزمته الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها **فصل** في الكتابة
الفاسدة وجه تاخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على احد قال واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا امورا تفسد
عقد الكتابة عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد
او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فتسميته
فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك
الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير
عتق سواء قال ان اديت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه
لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة
روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل اي باداء قيمة نفسه لانه
البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا
كان من حقه ان يخص ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان للعهد

عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما إذا كانت الكتابة على ميتة أو دم فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال إن أديت إلي فأنت حر ووجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فإنها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع وتجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعد عدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق أصلا فإنه إذا لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له إدراك شرف الحرية ولعل التصوير على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البدل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم تسليمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين إما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمة بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد وإما بتقويم المقومين فإن اتفق اثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين فإن قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان لا الفساد أجاب بقوله وأثر الجهالة في الفساد أي لا في البطلان كما في البيع فإنها تفسده ولا تبطله فإن قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة أجاب بقوله بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة لكن يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فإن قلت فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أو لا قلت ذكر في الذخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا ينعقد عقد الكتابة أصلا لا على المسمى ولا على القيمة **قال** وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز إذا كاتبه على شيء هو لغيره فإما أن يتعين بالتعيين كالعرض والعبد أو لا كالنقود فإن تعين فإما أن يجيزه أو لا فإن لم يجزه فإما أن ملكه المكاتب بسبب وأداه إلى المولى أو لا وذلك أربعة أوجه فإن لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه عتق وإن عجز يرد رقيقا لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما إذا تزوج امرأة على عبد غيره فإن التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لأنه ملك

ولو

ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا عن المال على وجه الظاهر أن العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه المقدور عليه شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فإن قيل إنه تقدم أن بدل الكتابة حكمه حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك ينبغي أن يجوز الكتابة بالحالة والثمن معقود به لا معقود عليه ولا يكون المقدور عليه شرطا فالجواب أن ذلك إذا كان من النقود وليس الكلام فيها وأما ما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه قوله بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو البضع والتناسل وقال في النهاية لأن منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الصبية فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى ومن الحق على طريقة تخصيص العلل وخلاصة معلوم وإن أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لأن البيع يجوز عند الإجازة بأن اشترى شيئا بمال الغير فأجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى لأن مبناها على المسامحة وقيل لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال متبرعا بالمال عن العبد فيصير العبد من أكسابه وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب وفي الجامع الصغير إشارة إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجز أن عقد الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاسب التي هو المقصود من الكتابة لا ابتداء ملك المكاسب وفي بعض النسخ لأنها أي المكاسب لكن لابد من تقييد بمضاف ثبت الحاجة إلى الأداء منها والحاجة إلى الأداء منها فيما إذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسألة فيه أي فرض المسألة في ذلك على ما بينا أن البدل شيء يتعين بالتعيين وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه وإذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وإن لم يجز لكن ملك المكاتب العين بسبب وأداه فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وهي عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى متن الرواية ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية إلا إذا قال إذا أديت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء الشرط وإن كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسألة الكتابة على الأعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى ولم يذكره هنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان مال المولى لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذونا بالتجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لأنها إذا لم يتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة **قال** وإذا كاتبه على مائة دينار • وإذا كاتبه على مائة على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط وكذا بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى من البدل هو الأصل في أبدال العقود والأصل الموجب أي من الأصل مستثنى ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة حيث لم يذكر الجنس والنوع والوصف وإذا كاتبه على حيوان ذكر جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع أنه تركي أو هندي ولا الوصف أنه جيد أو رديء جازت وينصرف إلى الوسط من ذلك الجنس وقد مر أن أبا حنيفة في العبد بالقيمة لم يعتق [illegible] وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة

عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوصية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقدمنا في النكاح فصار كانه اخذ بعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المسامحة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او العطاء صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد الخادم وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيهما كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا منه اقتناص فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة المال بالمال والكتابة معاوضة بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء في ان بنى كل منهما على المسامحة ومن الفقه ما ذكره في الكتاب من الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة يدل على استنباط وان لم يبين جنسه مثل ان يقول على دابة او ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة النوعية على المص باشمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز فيما اذا كاتب على عبد لان للعبد ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشرى العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة شملا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال واذا كاتب النصراني عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على خمر معلوم جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع استرداده من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث ينفسخ البيع على ما قال البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال فيفسد وتصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف ابيض فجاء بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قال البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة وكل رواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كانت العين مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي انه لو ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسألة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدلا في العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه

بقائه

فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسألة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك بلا حاجة الى اخراجها عن البدلية وكذا بقيت بلا عتق باداءها

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسألة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يذكر ذلك ثمة وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود من العقد وقد يكون ذلك بالضرب في الارض والتفتيش فكان منافيا والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل وهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا اشتراط الا في بدل الكتابة ولا في ما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل وتشبه النكاح من حيث عدم الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر والتجار عند العامة هو الغني من التجار وكانه يريد بالجهة وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى الجاهز كذا في المغرب ولا يتكفل المذكور بشيء يعني في الحال سواء كانت باسم المكفول عنه وبغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى لم يكن متبرعا ضامنا ادى المكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته كفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره اجيب بانه يضره لانه ربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال قوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمولى مثل ما هو ثابت له لان به يملك البدل وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه فموجب الثاني فوق ما يوجب الاول فان العتق يحصل له في الحال من المعتق لعدم توقفه على اداء المال وهذا اعتراض بان المكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاؤه لمولاه لانه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابته للمولى للاول بمنزلة علة العلة ولئن لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول فيصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فقال المولى زيد حر فعتق زيد بحاله لا ان كان يعتق معتقه ولئن ابي ذلك في

الرقيقان

على مولى الام فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية بكونه رقيقا اضيف الى من هو اقرب اليه اي الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو حدثت الاولى بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما ان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة ليئلا يرد جر الولاء فان معتق الام مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى المسبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق انجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له. قال وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ليس من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فتنقيص لان من اشترى عبدا ووجد به عيبا تمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوجه استحسانا لانه اكتساب للمال قوله وكذلك الاب والوصي ظاهر وقوله ولا في تزويج الامة والكتابة نظر اما في تزويج الامة فظاهر اتفاقا واما في الكتابة فلانه بالعجز يرد قنا فيعود ما كان قبل العجز بعد اداء نجم وفي ذلك لا شك في كونه نظرا وقوله فاما الماذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بالاتفاق واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله هو يعتبره يعني ابا يوسف قاسه على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج الامة فكذلك الماذون له يعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان الماذون له لما جاز ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره من ادوات وقيل استعمل القياس بين العينين اي الماذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين تامة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة المال بالمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نزاع فيه ولما هو الفرق بين الماذون والمكاتب ان الماذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل الى المهر فكان اكتسابا وقوله ولهذا اي التزويج دليل اخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة المال بغير المال اولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال الا انه ليس في باب التجارة مال وقوله ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملك سواء اي الماذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل تحت الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل. قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر ههنا على الابن للتعظيم واما في ترتيب العتق في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشتري والمولود مقدم على المشتري فان المولود يطالب بحصة جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يخرج بسعيه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يخرج بسعيه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا او يرد من السعاية على نجوم الاب لبطلان نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يخرج بسعيه حال حيوة ابنه المكاتب

ولم يقبل منه البدل بعد موته الا حالا او مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الابن لان كتابة الداخل بطريق التبعية لا بالاصالة فان قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا حصة له من البدل لتقرره قبل في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة الاب فلهذا يسقط ما يخصه من المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه لو ملك لعتق كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين والحقناها بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال احد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما. قال واذا اشترى ام ولده اي امرأة المكاتب التي اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة له ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان الولد معها تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكره في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء ممنوع لانه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس تحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله عليه السلام اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وقوله ولهذا المكاتب وان زوج امته لم يدخل في كتابته لما بينا اي المشتري يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين لزم الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطئ امته لكن اذا وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه لا يحل لاحد الشريكين وطؤها لكن اذا وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فالولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب

من حق المال في كسبه على ان الدعوة كالحر فبقيام الملك له في نصفها مهنا تثبت نسبة الولد منه من وقت العلوق وثبت لها حق
امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد قوله وكان حكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه له اي لكسب الولد
لو ان الدم لان كسب الولد كسب كسبه اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب
ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوج حر دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كما في الاوصاف
القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى الاولاد قوله
مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد اذ
الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستاجرة والجانية فان العقد اذا انفسخت بهما اتسع بيعها الاثم وبابي حكمه لكن لم يكن
قوله من الاوصاف القارة احترازا عن مثل سن الوصيفة وقوله الشرعية احترازا عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا
تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه **قال** ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما
على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله
لان تبعية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولكنه التوضيح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل
في كتابتهما وكسبه لها لكن في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما
كانت تبعية الام ارجح لانه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها
حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد
فيجب عليه قيمة الاولاد وتحمل في الحال لوجود الاذن من المولى في الولاد هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير
ان قيمة الاولاد عنده يتاخر اداؤها الى ما بعد العتق والى هذا اشار المصنف بقوله لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة تاخرت
الى العتق ثم اذا غرم القيمة يرجع بها عليها عنه لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين
رقيق وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع
الصحابة وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة تاخرت وههنا
بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتاخير فبقي على
الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطئها بغير اذن المولى وباذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه اذا كان باذنه
بطريق الاولى ثم استحقها حل فعليه العقر يوخذ منه في الكتابة بغير تاخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يوخذ به
حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم الماذون له كذلك فيما كان او متزوجا والفرق المذكور في الكتاب تقرير الكتابة اوجبت
الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر
لا يحتاج الى شرح **فصل** مسائل هذا الفصل نوع اخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل
واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
ام ولد له سواء صدقته او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة احجة فيثبت
غير تصديق وانما تتخير لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء

جاءت به لستة اشهر او اكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غير
قصد اولان يملك غير ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى قوله والدم الملك يحتمل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى وينفع به
عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز
اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت ففي المولى اولى ثبت من المولى اولى فان
اختارت الكتابة ومضت عليها اخذ العقر من مولاها اي من قبلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قررنا يعني قبل فصل
الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما نذكر فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وهذا اية بقاء
الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه
لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بشبه
وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت هي وتركت الاولاد
منه كانتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر
ومضت على الكتابة لم يلزم المولى الا بالدعوة لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطء وهنا
محرم وطؤها فلا يثبت من غير دعوة وباقي كلامه ظاهر **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز واذا كاتب المولى مدبرته
جاز لان الكتابة ليتوسل بها الى ملك اليد في الحال والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى
كحاجة غيرها وكانت حاجة لانه لا ينافي الحرية مما تقتضي العتق ببدل والاخرى بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت لهما فكانتا متنافيين
لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل وعوض بان مالية ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة فكيف
تقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في الحال ولرفع الثاني في التالي
والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاولياء فانه يقابل حصة الاخرين بالمال
فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل
العتق عند الاداء واذا عتقت قبله لم يكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة
الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف تتصور
بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل
بعجز المكاتب عن اتمام البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بانتهاء غايته والاول يعود رقيقا ولو اولاده واكسابه لمولاه وفي الثاني يخلص ما يجي
من اكسابه وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال كلام
المص تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علل بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين
مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هو للمكاتب وجهة هو عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فلعله
ولو ادت المكاتبة بالنصف اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو تعديد قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لانها باقية والمكاتب عن تركه وضع المسئلة ههنا لسيرتها تقدم من ام الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وبها عمل
كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية الضيقة وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة

كما تقدم فإن مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وقيل
أوضح كلامه نتعرض لبعضه بزيادة إيضاح قوله فتخيرت لأن في التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين
أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل من اعترض عليه
بأن الإعتاق لما تنجز عند موته عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به فانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب
بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنبقيها لذلك فربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه قوله لأنه قابل البدل بالكل لأنه أضاف
العقد إلى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لما كانت قنة فتصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط
ما قابله من البدل ولو لم يسقط لكان ما فرضناه سالما غير سالم منه لخلف باطل وقوله فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة صورته
إن كاتب عبده ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسألة التي تلي هذه
المسألة وقوله لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا أي مكشوفا بينا لا يخفى على أحد لأن إخراجها عن الملك لغير الإعتاق
غير صحيح فإن أعتقها أخرج عما نحن فيه وإن ماتت قبله فكذلك وإن مات المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها
وإن لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة
ما يستحق حريته فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق جميع
إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على أبي يوسف لأنه لا يقول بتجزي الإعتاق
وأما على قول أبي حنيفة فالجواب أنا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبرة وليس من النظر أن يبقى بعضها رقيقا ويحرم كل البدل
فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا لها قوله إذ لا استحقاق عنده أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في
مقابلة الكل فإذا أعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا
أنه تلقيها (?) وبها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست
بلازمة من جانب المملوك لأن النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة وإن عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى فله أن يرفع
عن نفسه ذلك فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة
وعندهما في الأقل منهما فالخلاف هاهنا في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزي الإعتاق وأما المقدار فمتفق عليه ومحمد مر على أصله
لا يحتاج إلى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل هاهنا مقابل بالكل قال وإذا أعتق المولى مكاتبه
عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة إلى تحصيل شيء وحصل
ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها فإن قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ أجاب بقوله
والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه ينفسخ برضى العبد والرضى كان لتعلق حقه فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه
كما لو باعه المولى وأجيز برضاه والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل فإنه إذا رضي به ببدل فلأن يكون أرضى بغير بدل وقوله
مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه إشارة إلى جواب ما عسى أن يقال قد لا يكون راضيا بالنظر إلى سلامة الأكساب
فلقد تكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها جملة ووجهه أن الأكساب سالمة له لأنا نبقي الكتابة في حقه ليبقى
الأكساب على ملكه نظرا له قوله صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق بإعتاقه وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على
خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال لأن الأجل ليس بمال

والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الألف وذلك
ربوا لا يقال لم لا جعلت إسقاطا للبعض لجواز أن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز
مثله في الحر وقد تقدم في كتاب الصلح وكذا لا يجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه
الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال
من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الحكم في ذلك فلم يكن
ربوا وفيه بحث لأن الكلام في قوله وهو يحتمل الاحتراز وذلك أن الأجل غير متصور ولأن قوله فأعطي له حكم المال ليس
بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلأن أعطي يتعدى إلى مفعولين بلا واسطة وقد استعمله باللام وأما معنى فلأنه جعل الأجل
في حق المكاتب مالا من وجه فإن أريد بقوله فأعطي له حكم المال حكم المال من كل وجه فات الاعتدال الذي ذكره وإن أريد
حكم المال من وجه فهو تحصيل الحاصل والجواب أن ما ذكر من أن الكلام لا يقول به أحد صحيح إذا كان من الأمر كلي وجعل ذكر ما نحن فيه
كذلك وإنما المراد به هاهنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود للمكاتب وهو في ذلك كعين الأمر لتوقف فرع الأداء
عليه توقفها على عين الأمر ونحن أعطي معنى اعتبر ومعناه اعتبر للأجل حكم المال فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء
ولا يكون معتبرا فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب قوله ولأن عقد الكتابة وجه آخر
للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم أن له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من
الوجه حينا والأجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا إذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة
والمعتبر الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه وكان ربوا الأجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة
قال وإذا كاتب المريض عبده • وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا
مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل لأن المريض تصرف فيه وفي شرحه ظهر أن بعد توقفها المرض تأخرت حقهم إلى مضي الأجل
عن نفسه فإن المكاتب يؤدي ثلثي الألفين حالا وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم والباقي وهو
ستمائة وستة وستون وثلثا درهم إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالا
والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة على قيمته ومن له أن يترك شيئا له أن يترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك
كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل وكذا قال الأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله
أن يؤخرها كما كان حسن (?) ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال على الألف وحق
الحبس على المماطلة والأخذ بالشفعة فإنها يتعلق بجميع المسمى وهو الألفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل
لأن المبدل كان من أموالهم فكذلك بدله بحكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة ليس للمريض إسقاط
ثلثه فكذا تأجيله لأنه إسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فإن حق الورثة لم يتعلق به لأنه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى
هذا الأصل اختلافهم إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما
يخير المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا الأكثر لما
بينا أن المعنى يعني البدل من الطرفين وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد
رقيقا في قولهم جميعا لأن المحاباة في القدر وهو إسقاط ألف درهم والتأخير وهو تأجيل الألف الأخرى فاعتبر الثلث

فيما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه
في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير **باب من يكاتب عن العبد** لما فرغ من ذكر احكام تتعلق
بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنايب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه
قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق
وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شراحه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك
على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا عتق باداية بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا
يعني هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرية البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من
لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازته من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير
مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد
وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا
وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغايب
في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القايل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل
ما الفرق بين هذا وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب
ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه التزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على
العبد لانه متبرع حيث لم يلزمه بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى قبل نطول
طالع النهاية تطلع عليه **قال** واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني
بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغايب ففعل جاز استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف
في حق الغايب لعدم الولاية عليه كما اذا باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد
الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها
في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل الولد فيه كالمستشهد به لان الاولاد تابعة لها
من كل وجه حتى ان المولى لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغايب
فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة
ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق الغايب سقطت حصته من المكاتبة ووجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو
تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في
الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في ان يكون فيه جهة اصالة ولا تصحيحا للعقد في نظر
المكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فللمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل
البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدلك على ان النظر في جهة التبعية
لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه قوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في اول المسئلة فان ادى الشاهد
الغايب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فالقائل فيه ان المجبر لانه

متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان انه فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية فصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يفتك
عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وابهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا
عليه وهذا لا يرجع والغايب متبرع به غير مضطر اليه وهذا ايضا لا يرجع فان قيل الغايب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر
ولهذا يرجع على المستعير اذا ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كان في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار
انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بصدد ان تحصل الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا
فان قيل حق الحرية حاصل له بالكتابة بتبعيتها فاذا لم يؤد فكان مضطرا الجبر بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت
بعوله للمولى ان ياخذ الغاصب بشيء لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة
لازمة للشاهد من غير ردّ الغايب لا يؤثر ردّه وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يتغير
بقبوله فليس للمولى ان ياخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع
عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان
الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما يوهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يتحقق ذلك في
الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول
ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان
ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر ويجب ذلك كله الا رجوع فان قيل اذا
ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه
كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا فائدة وضع المسئلة في
صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهو اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز
في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لما انه لها من الاجنبي ولي واقول لعله اشار الى ما ذهب اليه بعض المشايخ
ان ثبوت الحكم ههنا قياس والاستحسان ان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي ولذا انه الحق **باب كتابة العبد المشترك**
ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين **قال** واذا كان العبد بين شريكين فاذن احد الشريكين
لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال الذي قبض عند ابي
حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الخلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها
تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فايدته انتفاء ما كان له من حق
الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان تعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق باداء
المال او لو وجد شيء من ذلك عن احد الشريكين بغير اذن صاحبه لم يكن للاخر ولاية الفسخ فان ابى للكتابة بذلك وحيث ان الكتابة
ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى توجيه
وهو لحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به
الغير من المحل ومحل الكتابة تقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة
ان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق

وإن كان فيما مر يكن المحل لا يقبل الفسخ أما الإعتاق فظاهر وأما التعليق فلأنه يمين قوله ولو أذن له بقبض البدل بطل الاختصاص
المكاتب بالمقبوض وذلك لأنه إذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالأداء من الكسب إليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه
أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أي فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك
فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فإن قيل المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن
عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فإن له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري
أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه حيث إن مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل
وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فإن ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع
إذا لم يحصل مقصوده وكما أن الآذن بكتابة نصيبه آذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف ووكيل في النصف
وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الكسب وكان المصنف مال
إلى قولهما حيث أخره قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها
أحدهما فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته
أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد للأول بطريق التبيين أنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام
الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند أبي حنيفة لأنه لا وجه لتكميل الا
إلا بتمليك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فيقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة
المشتركة فإن الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع كون الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك ولا وجه
لفسخ الكتابة لأن المكاتبة قد رضيت بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فإذا لم يتمحض
الفسخ منعقد لا ينفسخ إلا بفسخ المكاتبة وإذا ادعى الثاني ولد الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وكونها قبل نقل
ظاهر لأن الظاهر أنها تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا إلى الظاهر ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن
وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق فيضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه
استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا
ويبقى للأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر والحقيقة أما بالنظر إلى الظاهر فيكون الولد
ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على المغرور
وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن يضمن الثاني قيمة الولد
للأول عند أبي حنيفة لأنه خلق ولد أم الولد حرا ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها أجيب بأنه بني على قولهما أو على
قوله فإنه عليه ضمان قيمة الولد ولم يشح وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على إحداهما
فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها
بمنافعها وأبدالها وإذا عجزت ترد إلى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد
هي أم ولد للأول وهي مكاتبة له تعتق بأداء البدل إلى الأول ولا يجوز وطء الآخر لأنها لما ادعى الأول الولد صارت كلها
أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن لأن الاستيلاد طلب الولد وأنه يتبع بالفصل والفصل لا يتجزى فكذا ما ثبت

وكذا يحمل في القنة بالإجماع وقد أمكن ههنا بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فينفسخ تكميلا بالاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة
وهو أمومية الولد لأنه لا تتضرر بها فإنها بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع ونحوه وتبقى الكتابة فيما وراءه
أي فيما وراء ما لا تتضرر وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب عن قياس أبي حنيفة
المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه أنا قد قلنا إن أمومية الولد يستكمل ما أمكن ولا إمكان ههنا لأن التدبير غير قابل للفسخ
فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده قوله بخلاف بيع المكاتب
قيل هو جواب عما يقال هلا تنفسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد
ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها لتضرر به المكاتب فلم نفسخ
الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ونحن إن لم يكن ببيانا قوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراء ما لا يتضرر به
فإن المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت قوله وإذا صار كلها أم ولد له متصل بقوله صارت كلها أم ولد له
وتقريره لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له وإذا صار كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت
نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة ولا يجب عليه الحد للشبهة ويجب عليه جميع العقر لأنها مكاتبة بينهما بل لم يذكر
أبو حنيفة ولأنها تبقى مكاتبة بينهما فيما لا يتضرر به بالإجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطئ مكاتبته ويلزم جميع
العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين قوله وإذا بقيت الكتابة متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه
وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه وإذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له أي للأول قيل وهو جزاء إذا بقيت
يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل
وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة تكميل
الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله وفي إبقائها يجوز أن يكون جوابا عما
يقال الكتابة تنفسخ بما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه أن في إبقائها
عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وإن كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لأن الأصل
في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى
المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل أبي حنيفة قال ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف
إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا
عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار وعند محمد يضمن الأقل من نصف
قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار
الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن قال صدر الإسلام ولأنه لو بقي من البدل درهم تكون حصته نصف
درهم وقد ملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم
وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا
أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة
وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه وإذا كان الثاني

لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عنده فظاهر لأن المستولد ملكها قبل العجز وأما
عندهما فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أن التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك
فلا يصح بدونه بخلاف النسب فإنه يثبت في الفصلين إن وجد الوطء منه لأنه يعتمد الغرور دون الملك وهي أم ولد للأول
لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بيناه في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله ويضمن الجارية كلها
أم ولد للأول لأنه الثاني عن الانتقال ويضمن شريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك
نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في الكتابة
ومن قولهم جميعا أن الاختلاف مع بقاء الكتابة فيهما ما بقيت لأنه لما استولدها الأول ملك نصيب شريكه ولم
يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجهه ما بيناه في تعليل القولين المطرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفا قوله
ويضمن الجارية وأما الطرفان فهو قوله الأولى في أول صاكها أم ولد له لحق أن كانتا لم يعتقها أحدهما وهو
١٤ موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لأنها لما عجزت
وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه أي في إعتاق أحد الشريكين القن على ما مر من الخلاف في الرجوع
فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيار عند أبي حنيفة
الساكت مخير بين الخيارات الثلث إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما
ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار وبجزم في الولاء وتردد بين الاستسعاء فإن عند أبي حنيفة إن أعتق
الساكت واستسعى فالولاء بينهما وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا وأما تردده
الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان إن كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وإن كان معسرا
يسعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة يراه كما هو مسئلة تجزي الإعتاق كما تقرر في العتاق ثم إذا عجزت فأما قبل
العجز فليس له تضمين المعتق عند أبي حنيفة خلافا لهما وهو أوضح ومبناه أيضا على تجزي الإعتاق وذلك لأن
الإعتاق لما يتجزى عنده لم يظهر فساد نصيب الساكت ما لم يعجز فإن أثره ح أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو
حاصل وإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله أن يضمن
قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا ويستسعي العبد إن كان معسرا لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار
قال وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر
فللمدبر الخيار بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه وإن كانت المسئلة بالعكس من ذلك
وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعي أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة ووجهه
التدبير يتجزى عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر ليس له التعلل عليه فله أن يضمن قيمة
نصيبه وله الإعتاق والاستسعاء فإذا أعتق الآخر بقي له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الإعتاق على
نصيبه لأنه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه للبست بإثبات الحرية عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والاستسعاء
أيضا كما هو مذهبه فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لأن الإعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم
المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلثة البيع وأشباهه مما فيه خروج عن الملك كالهبة والصدقة والإرث

والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالإجارة والإعارة والوطء والإعتاق وتوابعه كالكتابة
والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان
لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا وأبق فإنه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك
وإن أعتقه ثم التي هي المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عند أبي حنيفة خيار التضمين والإعتاق والسعاية لأن
المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق
عن الضمان لمعنى وهو أن نصيبه كان قنا عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان
وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الأول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين
منه والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان المحل وقت الإعتاق قابلا للتمليك كما إذا أعتق ولا إذا غصب
القن فمات أو أبق وأما إذا لم يكن المحل قابلا وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة
بين المالك والمملوك لا بالتمليك فإذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار
مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو
يوسف ومحمد فإذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف
قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنا لأن التدبير صادفه
وهو قن وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر والله أعلم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب ٢
لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال وإذا عجز المكاتب عن نجم والنجم هو الطالع ثم سمي به الوقت
المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال
غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وينتظر عليه اليومين أو الثلثة نظرا للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار
كإمهال الخصم للدفع فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنظره يوما أو يومين
أو ثلثة لأن الدعي عليه جعلوا هذه التقدير من باب التعجيل دون التقدير بالتأخير والأصل فيه قصة موسى مع الخضر
حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلثة أيام وكلمة يلحق
عطف على إمهال يعني إذا اثبت على حجة لما الانفال الذي يجعل عليه ليمهل يوما أو ثلثة أيام فإنه يمهل ولا يزيد عليه
فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه
نجمان لقول علي إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولهما أنه يقول
استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بمرضي لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام
أنه تعلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق ولأن عقد
الكتابة عقد إرفاق مبناه على المسامحة حتى كان حسنة مؤجلة وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا إرفاق في الطلب
عنده فلا بد من إمهال مدة إرفاقا وأولى المدد لذلك ما توافق عليه العاقدان فإذا مضى النجم الثاني ولم يوجد المال
الآن تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود من التأجيل الذي اتفق عليه العاقدان أو لأنهما سبب الفسخ وهو

العجز وتحقق ان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز ومنها اي كون العجز سببا للفسخ ان المقصود للمولى الوصول
الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في يفسخ يجوز ان يكون للمولى اي فيفسخ المولى الكتابة
اذا لم يكن راضيا وان يكون للقاضي اي فيفسخها القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بعد ذلك العجز على الخلاف لكن ان استنظر المكاتب
اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين
والثلثة لانه لابد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا قوله والاثار متعارضة جواب عن استدلاله بالاثر على ما بيان ذلك
انه روي عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ
تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قاله من الدليل بقوله لانه سبب الفسخ قد تحقق لاحظ ساغ التعارض لان
دليل ابي يوسف خطابة لا يعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال
ههنا ترك الاداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان
اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد
لابد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى ليتعذر على الابطال بانفراده تام لكن فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك
فسخه يحتاج الى الرضا او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية اخرى ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها
ان من عيب على في اصل العوض قبل تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكامه فتشبه
الوجه ما لو وجد المشتري المبيع معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب
عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وانما
قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب
وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق
اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي يبطل الكتابة
ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل
فان المقصود منها ذلك بعد ذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد الممات مقصودا او قبله او بعده مستندا الى حال حيوته
لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والغرض عدمه فلزم
وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وههنا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة
لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحقوق عليك
بالتحصيل القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره والنص
فيه وبيان ان من النص في الحال معلول وبيان ما يتميز به الوصف عن غيره وبيان صلاحيته وملاءمته للعلل المنقولة عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس
تعد ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طرق ما يرد من رجع واعتباره الاضافة
الى المختص بين الموضع ولمثاله فان نسيت الهداية فذلك بغيض عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك
الفوز المعظم فقدم والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذين ظهر عند ذوي التحصيل عذره من الخفي

بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل المولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال
ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموت لبقاء
العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب احوج من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان
حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت ينافي المالكية منه والمملوكية فان المملوكية ضعيفة والموت
لا ينافيه لكونه عجزا ضروريا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء
التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وتستند الحرية باستناد
سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه
كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء بل تقدير الاداء قبل العتق ولم يتعرض للمكاتب ليس بمعقود عليه
لما تقدم ان المعقود عليه هو سلامة المالكية اليد قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة الولد المولود
في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه فان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك
وفاء واما الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا فهما اعتبراه
بالمولود بجامع انه مكاتب عليه تبعا له وليس يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا يتصرف في اكسابه كذا
لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة فرق بين الفصلين على المذكور في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء
ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاستناد ولما
حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك
ان كوتب الابن والاب كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع
لابيه وان كان كبيرا لجعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني اخر جزء
من اجزاء حيوته على ما مر من استناد حريته باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال وان مات المكاتب وله ولد
من امرأة حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة وترك دينا على
الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام واما بقاء الكتابة فلما مر والحال منتظر لان الدين باعتبار ماله
مال ولكن الحكم بعتقه حتى يؤدي البدل ولا تناقض بالدين لانه لو لم يعينا المرتبات القضاء بالالحاق بالام ان كان الوفاء
في الحال واما ان الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به
اي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر
شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق
المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ادعى الملاعن
ثبت نسبه كما ان الكل المداعي على النسب اليه وكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه
واما كل ما يقرر شيئا لا يبطله فظاهر قوله وان اختصم موالي الام الى هي المسئلة الثانية وصورتها
مات عن الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام في ولائه فقال موالي الام مات عبدا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء
لنا فقضى بالولاء لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الفصل اختلاف في الولاء مقصودا وهو يبتني على فسخ ذلك

يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدًا والمنتقل الولاء على مولى الام واذا بقيت ولم تنفسخ بالاداء مات حرًّا
وانتقل الولاء الى مولى الاب قوله هذا اي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما تقدم فينفذ ما يلاقيه من القضاء لو كان القضاء
بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو تحمل جر الولاء لما تقدم في المسألة الاولى ان ذلك جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء
جزءه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولم يعرض ذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما تحرم عليه
وهو الكتابة عناية تحقق للمكاتب ولا اصل البطلانين ارجح واجيب بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ
بالاجماع وصيانته امر مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في بقائها قال وما ادى المكاتب من الصدقات
الى مولاه اذا عجز المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز فما اخذ بعد ادائه الى المولى وقبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع
لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك
حديث بريرة فيما اهديت اليه وهي مكاتبة حيث قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ
من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له تناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا
اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح ومن اعتق محمد ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك وان
عنده المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا اجر رقبته ثم عجز وكذا
عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب
فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب نفسه ثم عجز لا يجب فسخ الاجارة لان الخبث لم يكن في نفس الصدقة ولا
لما كان فيها اصلا وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا ولا يجوز ذلك الا للغني بلا حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ
لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه
يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على
قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد
ذلك بما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة
للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن
التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك ولا خلاف الا ان يتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نعرف ذلك تبدلا ولئن كان
فلا نم انه مثله في تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن ليملك بعد قبل العجز وحصل به فكان تبدل قال
واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته اما الاول بقيمته
فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة ولو باعه وهو لا يعلم بالجناية فانه يخير المولى فان
بين الدفع والفداء ان شاء اي لاحد منهما الامر يرفع جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا لمانع ولم
الاصل عندنا وهو مستمر لانه غير الدفع عرضة وقد زال المانع عن حال الكتابة فلم يكن مانعا عن الفداء فله ان يدفعه
الدفع فللتعذر بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع وقد زال علة الحكم الاصلي وكذلك لو لم يكن عجز في حكم الاصلي اذا
جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز بانه قبل زوال المانع وقضي به اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته
ثم عجز فهو دين يباع فيه يعني ان المكاتب اذا جنى جناية خطاء فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش

الجناية

الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو
الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه
احق بكسبهما كذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة
الى القيمة فبعد زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع اليه ابو يوسف
وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم
وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد قوله من الرقبة الى القيمة
وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية
الكرخي الى المبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع
من الدفع قائم ولكن الكلام في انه قابل للزوال او لا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال
فيتوقف على القضاء او الرضى فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان من مذهب زفر ان جناية
المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضى او القضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهر من ان الترديد في زوال
المنع الاشتغال لامكان عود الموجب الاصلي تصدق العبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردد
واحتمال العود بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال
واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه وهي سبب حقه و
سبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدي موته الى بطلان حق
غيره ويقال له اد المال الى ورثة المولى على نجومه اي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة من غير تغير وفيه اشارة الى ان المولى لو كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان
مريضا وكاتب فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل غير الثلث
كاسقاطه قوله الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكان نحو عن سؤال كيف لا يتغير سبب الحرية
وقد كان لحق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغيرا في عقد الكتابة
لانها باقية كما كانت كما ان نساء الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك ههنا الكتابة فان اعتقه احد
الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه وان
اعتقوه جميعا عتق استحسانا ووجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل ٣
الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابرأه مولاه فان قيل
فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت
في المكاتب بابراء بعض البدل او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولانه لو ابرأ
الورثة عن بعض البدل لم يعتق شيء منه وكذلك اذا ثبت المقتضي لا يثبت المقتضي فلا وجه لابراء البعض وكذلك
الى ابراء الكل لحق الورثة بقيته

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال
ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن

كتاب المكاتب

لئلا يتعدى من الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد
الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف
السبب الذي يعتبر فالاول ولاء العتاقة وتسمى ولاء نعمة اقتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه اي بالاعتاق وهو يريد
وسببه العتق على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عما قاله بعض اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله عليه السلام الولاء
لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه
والثاني ولاء موالاة وسببه العقد على ما نذكره قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان
كلا منهما يضاف الى شيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعنى فيهما التناصر بيان من نوعيه الحكم
قوله وكانت العرب تتناصر باشياء بيان لوجود التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بها بالحلف والمحالفة وقد قرر النبي عليه السلام
تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف
قال واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال
ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق
سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق قوله ولان التناصر به
اي بسبب الاعتاق دليل على الارث الثابت به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص
يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى احياه يعني بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا ترى
انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيد
واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت من الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى صار كالولد فيصير الولاء
كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم وقوله ولان الغنم بالغرم
يحتمل الوجهين فلهذا اخره قوله وكذلك المراة تعتق يعني ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله عليه السلام الولاء
لمن اعتق وقوله ومات معتق لانه جزم معطوف على قوله لما روينا ما ... ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمراة روي
ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها فمات المعتق وترك ابنته فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي في
ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق ... ولهذا بعد الاداء او تدبير او استيلاد او بعد الموت وسواء كان
العتق حاصلا ابتداء او بجهة الوجوب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
وما ذكر من المعنى المعقول فان شرط انه سائبة اي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق
لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر
الولاء وبين مواضع الجر من غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان
وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امته ولها ولد عتقا وولاؤه لمعتقه
فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا
فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او عتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت احد
التوأمين لاقل من ستة اشهر ثم اعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالي الاب لان المولى قصد

اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق تصل الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان
ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذلك اذا ولدت احد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت
رجلا ... والجعل ... كان ولاء الولد لمولى الام ايضا فما الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لانه يتم بالايجاب
والقبول وهو ليس بمحل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لمولى الام لانه لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل
وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى
مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي
الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا
اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه وتوضيح قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق
كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق
حيث يكون الولد مولى لمولى الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب لتحول العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت به العتق
اصالة لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق في
الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات
الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها لثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة
النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا
انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت
به لاكثر من سنتين فالحكم فيه مختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن يثبت ما كان وفي الرجعي ولاء الولد لمولى الامة
لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير اشتماله على بيان العقل وتمييز الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح
قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد بمعتقة العرب فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة
ومحمد وهو المراد بقوله لا النسب ... احكامه حتى لو ترك هذا الولد عمة او خالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق للام وعصبته وعند ابي يوسف
حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء اعتاق وانما يورث ماله بذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي
امه لان النسب الى الاباء فان قيل لما كان النسب الى الاباء وجب ان يستوي الاب الحر والعبد ولم يكن كذلك اجاب بان العبد هالك معنى لانه
لا يملك شيئا ولا يتداني الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له
فينسب الى موالي الام وسلك الحنفي معنوي وعورض ذلك بان الاب عربي الا ان الحر يستحق باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه
ما ذكره في الكتاب يعني قوله حتى اعتبر الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له ابوان في الحرية
لا يكون كفوا لمن له ابوان فيها واما النسب فليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكانت تناصرهم بعمارة الدنيا حتى صلحوا من
له ولحق الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا ذكر المعتقة مطلقا حتى
لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان ... وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا
ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بين نوعين من الموالي يعني العجمي اذا
تزوج بعربية فولدت له اولادا فانهم ينسبون الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله وان كان

الابوان اي الوالدان يعتبر راجح الى اول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب مولى رجل ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد احتفوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه تشبيها بالنسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء اولان النصرة به اي بالاب اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان عصبة وهذا قولهم الذكر يعصب الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه نفى ما يجب اليه وشر لك لانه وصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره من ثواب الاخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الاخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي عليه السلام ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارثه هي بنت الميت وذلك ان النبي عليه السلام اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي ياخذ ما ابقته الفرائض وكذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات على ما قالوا والمراد بقوله ولم يترك وارثا وارثا هو عصبة بدليل الاثبات الحديث كما قلنا بيانه قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اي تاويل قول العلماء هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكروا هذه الجملة تاويلين احدهما ان يعني بقوله صاحب فرض ذو حال هو سوى حال الفرض كالاب والجد فانهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فليس اي لم ينل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان فله غير ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني وجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبته على ما روينا وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة تعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة الى القبيلة وتقرير العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالموالي يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله وكان العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام نصرتهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة تاخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تاخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته كما ذكر في الكتاب وقوله لما قدمناه اشارة الى قوله فان ابت بعد عتقها لا اكثر من سنة اشهر الى ان قال جر الاب الولاء الى ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية بافلا عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولاء ممن اعتق او اعتق من اعتق وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتوق من جهة المعتق وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شيء بسبب اليه لانه علته كذلك ثبوت المالكية ينسب بالولاء وينسب اليهام ينسب الى مولاها ان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمراة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الاباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمراة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون اصحاب الفروض

منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيختص به من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد وصورته امراة اعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن واب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال للاب السدس والباقي للابن لان الاب يستحق بها كالبنوة ان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ومع وجود الابن لا يوجب حرمان الاب كما في الميراث وما غير ميراثها به فكذا غير ميراث معتقها ولهما ان الابن اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب فاستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه ابا ابيه واخاه لابيه وامه او لابيه كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات مع الجد عنده لانه اقرب في العصوبة ولو ان امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجناية كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ويعني الكبر الوارث في العصوبة لا في السن على ما قالوا ان الرجل ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا او كبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورته هذا الولاء ان يسلم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره واليتك على انك ان مت فميراثي لك وان جنيت تعقل علي وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه وله ثلث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينتسب الى غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثاني ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقل عقله الاعلى وحريته كما هو ولاية الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هي نادر فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل ظاهر لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لاخر لبعد وارث معروف واجيب بانه جعله بعقد الولاء وقد تاكد عقد في سبب الوراثة وذو القرابة ترجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا والاخر مختلف في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى مع هذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه لم يوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق الوارث عليه وخلا قوله لانه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل فانه ورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر لان العقد بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الاخر بدون علمه

وإلزام شيء على الآخر من غير علم به بنفسه من المحالة لأن فيه حمل عقد الرجل العاقل البالغ كالاعتقال وفيه إبطال
فعله بدون علمه وخلافه قوله لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة بأن عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح
وحكما كما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعه فإنه ورد عليهما إذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول
وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب إذا ثبت من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة
صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ذكر ذلك كله في النهاية

كتاب الإكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى من حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل
فكان مناسبا أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة ومعنى الإكراه في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا أي
حملته على أمر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ويفسد به اختياره
مع بقاء أهليته وتقسيمه أن يحمل الغير على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار
أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الإكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى
القسم الآخر لكن لا بد من تقدير الانتفاء أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه وقوله
مع بقاء أهليته إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره
مخاطبا وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به
شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع المتوعد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه
يفعله ليصير به الإكراه محمولا على ما دعي إليه من المباشرة فإذا حصل بشرطه يثبت حكمه على ما يجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله
من السلطان واللص لأن تحققه يتوقف على خوف المكره بتحقق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكره قادرا على
ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما وأما أبو حنيفة قال إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان
لأن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قال المشايخ هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لم يكن
لأن مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فإذا أكره على بيع ماله أو شراء
سلعة أو الإقرار لرجل بألف أو إجارة داره بالقتل أو بقطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس فهو إكراه يترتب عليه الحكم وكان
فعل ما دعي إليه ثم زال الإكراه فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي
قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا وانتفاء الشرط يستلزم
انتفاء المشروط فيفسد وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراها لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة
إلا إذا كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به فهو إكراه لوجود العلة وهو فوات الرضا قوله وكذا
الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد أي والإقرار أيضا يفسد بالإكراه
بهذه الأشياء وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبة الصدق وعند الإكراه يحتمل
الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر فهو إقرار كما
في البيع إلا إذا كان المكره صاحب منصب أي عز ومرتبة فإن الشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب
سوط واحد وحبس يوم ويجد ألما أشد من ضرب سياط وحبس أيام وقيل إن الحد في ذلك تقييد لازم بل ذلك

على حسب ما يرى الحاكم من حال المبتلى به ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف
على الإجازة ألا يرى أنه لو أجاز جاز والموقوف على الإجازة قبل الإجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا أن ركن
البيع صدر من أهله مضافا إلى محله لأن الإيجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء
المساواة في باب الربا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار لا يفيد لأنه يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق
بالشرط والتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا
لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فإن قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة
لما صار جائزا بالإجازة كهي أجاب بأن الإجازة للملك بارتفاع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائر ما كان المفسد
فيه باقيا قوله إلا أنه لا ينقطع به استثناء عن قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيها إذا باع المشتري ما اشتراه شراء
فاسدا لم يبق للبائع الأول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي لأن
نقض البائع بذلك لأن الفساد في البياعات الفاسدة بحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق
الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني فإن قلت ومن جعل البيع الجائز
المعتاد بين الناس بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العبد بالألف على أني متى قضيت
الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلي وقد اختلف فيه
مشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس
للحاجة إليه واختار المص وأشار إليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا فجعله كالبيع المكره
عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين
لأنهما وإن سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن المالك
وهو ضامن لما أكل من ثمره ولما تهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة إذا
هلك بغير صنعه وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا
بالهازل لأنهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما البيع فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز
على صاحبه ومنهم قول من كان معتادا أنه يبيع وهم لا يوفون لم يعد البيع بهذا الوجه لا يجوز وبه أن يرد البائع
الثمن على المشتري ويجب على المشتري رد المبيع على البائع من غير استرداد ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة وغيرهما
سموه بيع الوفاء لأنه وفى بما عهد من رد المبيع قال فإن كان قبض الثمن طوعا أي إذا قبض البائع الثمن طوعا
فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة
وكذا إذا سلم المبيع طائعا بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دلالة الإجازة بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم
يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على
أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فما تصرف فيه بعد تمامه فعليه ضمانه قيمتها والفرق بينهما أن مقصود
المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة القبض وفي البيع بالعقد فكان الإكراه على الهبة

كرهًا على الدفع دون البيع وإن قبضه أي الثمن مكرهًا فليس ذلك بإجازة على المكره ردّه إن كان قائمًا في يده لفساد العقد فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه بإذن المشتري والقبض متى كان بإذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لأنه كان مكرهًا على قبضه وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وهو كذلك نوع مضمون بالقيمة وللمكره بالخيار إن شاء ضمن المكره لأن المكره آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف وإن لم يصلح آلة من حيث الكلام فإن التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري لأن الإهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أصلح سببًا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع بأداء الضمان وإن ضمن المشتري يعني لو ضمن المشتري كان بعد الأول ونفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود أي تداولته لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه وقال الشارح وإن ضمن المشتري يعني في صورة الضمان وقد عرفت الحامل لهم على ذلك فإن من جعل صحيحًا كلام المص إنما هو على شق الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب فرجمة التمثيل لا من الأصالة فإن قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريًا وإجازته عقدًا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك أجاب بقوله لأنه أسقط حقه يعني في صورة الإجازة وهو أي حقه هو المانع فعاد الكل إلى الجواز فإن قيل ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المغصوب منه فإنه إذا أجاز بيعًا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من البيوع توقف على إجازته لمصادفته ملكه فيكون إجازته أحد البيوع تمليكًا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا يتعدى إلى سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه بالبيع فكل مشتر صادف ملكه وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين إجازة البيع الأول والآخر فلهذا نفذ البيوع كلها بإجازته عقدًا منها

فصل لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الإكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء وغير الملجئ وهو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد الأول معتبر شرعًا سواء كان على القول أو الفعل والثاني إن كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه وإن كان على قول كان قول السنوي فيه الحق [illegible] معتبر وعلى هذا إن أكره على أن يأكل الميتة أو شبهها لحم خنزير بحبس أو ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس أو العضو وقيد لم يحل له الإقدام على ذلك وإن أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس أو العضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به وأشار إلى أن الملجئ يتغير [illegible] بغلبة الظن لأن [illegible] الإنسان في احتمال الضرب متفاوت وليس فيه تقدير لازم فيعتبر فيه غالب رأي المبتلى به ولا يعتبر التقدير في ذلك بأدنى الحد وهو أربعون فقال إن تهدد بأقل منه لم يسعه الإقدام وإن زاد لم يقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الإتلاف لأن ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز فإن صبر حتى أوقعوا به فقتلوه أو أتلفوا عضوه ولم يتناول ولم يعلم بالإباحة فهو آثم لأنها أبيح حين لم تحرم هذه الأشياء كانت باعتبار حال يعود إلى البدن والعقل والعرض وحفظ ذلك مع فوت النفس عمن كان بالامتناع عن الإقدام معاونًا

لغيره على

لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأن الإقدام على ذلك رخصة إذ الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر وهي قائمة فإذا امتنع كان آخذًا بالعزيمة فلا يأثم قلنا الأمر بالحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان ثبوت الحرمة مقيدًا بغير حالة الضرورة فلا محرم فكان إباحة لا رخصة فالامتناع من التناول كالامتناع من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثمًا لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة لأن في انكشاف الحرمة خفاء لأنه لم يختص بمعرفته الفقهاء فيعذر أوساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام وفي دار الحرب فإن قيل إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حرامًا لأن ما أفضى إلى الحرام حرام **قال** وإن أكره على الكفر بالله اعلم أن كل ما لا يعتبر إكراهًا في تناول الميتة والخمر لا يعتبر إكراهًا في إجراء كلمة الكفر على اللسان لأن حرمة الكفر أشد فإذا أكره على ذلك بالإتلاف به على النفس أو العضو أو بضرب الأدلة عليه وإذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من إجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بها ههنا الطمأنينة القلب وجاز أن يكون من الإتيان بلفظ يحتمل معنيين فإن أظهر ما أمروه مؤولًا كان أو غير على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالإيمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به وقد قال النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنًا بالإيمان قال فإن عادوا فعد وفيه قوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه السلام فعد عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الإجراء والطمأنينة جميعًا لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحًا ولم يكن كذلك لأن الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه أصول الفقه قوله ولا يجب إن الإظهار دليل معقول ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة لأن الركن الأصلي
٢ فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرًا لأن التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما يجمع فيه فوت حق العبد يقينًا وفوت حق الله توهمًا فيسعه الميل إلى إحياء حقه فإن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورًا لأن خبيبًا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام
١١ سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة أيضًا ولأن الحرمة باقية لكنها قبح الكفر وبقائه [illegible] بحيث الامتناع فكان الامتناع عزيمة [illegible] بخلاف ما تقدم من أكل الميتة وشرب الخمر فإن الحرمة هنالك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض بأن إجراء كلمة الكفر أيضًا مستثنى بقوله إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان من قوله من كفر بالله من بعد إيمانه فينبغي أن يكون مباحًا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديمًا وتأخيرًا وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرًا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فإن الله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانه حالة الإكراه وإنما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيًا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت الإباحة إجراء كلمة الكفر وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممنوع لتخلف الحكم الذي هو معلوله وإن كان

كرادبها السبب الشرعي كما مثل به فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان
مريضا او على سفر فعدة من أيام أخر وهو دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى ان الأصح في قوله عليه السلام لا يحل
علوا فضل الاباحة وقوله لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح وذلك الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر قال وان أكره
على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه او على عضو من أعضائه حاز له أن يفعل ذلك لان مال
الغير يستباح للضرورة كما في حال المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف
من هذا القبيل لان المكره عليه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطء فانه
منها لا يصلح آلة وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم
حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية
فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول قول الشافعي
والثاني قول ابي يوسف والثالث قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر لان الفعل من المكره حقيقة لصدوره
منه بغير واسطة حسا فانه يعاين مشاهد كذا [illegible] عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص عليه [illegible] معقول
وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره
وبهذا تمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه والتسبيب في هذا في
القتل حكم المباشر عنده كما اذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه
يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في عبارة المص تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل
الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته
الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا ينافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاثم (؟)
عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر ولابي حنيفة ومحمد ان تأثيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه
وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه
القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل
لا الى الآلة فان قيل لو كان الأمر كما ذكرتم لأضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل
في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف مالية العبد
حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول
في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير [illegible] فقتل انسانا وأكل لحمه حتى يجب
ايثار الحيوة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا الى الاكل لانه انما يتمكن من تكون الفعل آلة فيضاف الى نفسه وعلم
اصلاحه للجناية قال سواء كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى
المبسوط ونسبه شيخي شيخي العلامة عبد العزيز الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء وكسرها ونقل عن ابي اليسر
في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وعمدهما خطأ

لوجوب العقوبة عليه قال وان اكره على طلاق امرأته وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل
ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون الاكراه بحق وقد تقدم دليل الفريقين
في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له من حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان
الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق
اتلاف وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف
دون التلفظ وان صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فلذلك يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه لما وجوب الضمان
فيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما طلبت مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمته لانه
اتى بما امر به على وفق الكره وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما
مضى كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا
يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي
ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب ان الولاء عوض لانه بسبب العتق
على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما تلف به الا انه لا تعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف لو كان العوض
مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض وهو في حكم المال كما في منافع البضع [illegible]
مكرها [illegible] الا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا يرى انه اذا شهد بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما
عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا
او للتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن
على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب ابي حنيفة سالم عن النقض واما على
مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقيل اعتق ملكه والحق احد فيه ويرد لهما
في التعليل فقيل عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه
يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا قال ويرجع بنصف مهر
المرأة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا ان لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع
الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بما
لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج
كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها فعن اكراه او بالردة او بالعياذ بالله وما كان عليه تأكد
بالطلاق فكان على شرف السقوط تأكده والتأكيد شبه الايجاب فكانه اوجب على المكره ابتداء فكان اتلافا للمال
من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول
لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن الا يرى ان الشاهدين اذا رجعا بعد
الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق فهو
جائز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد كالشرط

الفاسدة والوكالة لا يؤثر في فسادها الشروط الفاسدة فالإكراه لا يؤثر في فساد الوكالة إما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه
يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فإنه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد
بالشروط الفاسدة لأنها من الإسقاطات فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا لحق المالك فهو بالتوكيل
أسقطه ولذلك لم يفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا
والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يتعلق به فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف
إليه كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن مقصود
المكره زوال الملك بمباشرة الوكيل فقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة إلى الإزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد
منه إكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الإكراه بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه
لا يعمل فيه الإكراه من حيث منع الصحة لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من
الفسخ فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فيما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه فينفسخ النذر مع الإكراه فإن أكره على
أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها
وكذا إذا أكره على يمين يحلف لتنعقد أو على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح أو على إيلاء فآلى أو على فيء
إليها باللسان ففعل صح لأنها أي الرجعة والإيلاء والفيء يصح مع الهزل لما مر مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكره على إعتاق
عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمر بالخروج عما لزمه وذلك حسبة
لا إتلاف بغير حق وإن عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه تلف عليه مالية
العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا أثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست مضمونة على أحد ولو أكره على ترك الفيء
إليها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان في المدة
فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وإن قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لأنه أتى بضد ما أكره عليه وكذا إذا أكره على
أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل
أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الإكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بإزاء ما سلم
لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما لا قيمة له وهو ملك النكاح فلا يضمن فيه فإن قبل الدخول بها وهي غير مكرهة
فاستحقت نصف الصداق وقد رجع به المكره على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أولا وقلنا لا نسلم إما أن ساق الزوج
إليها المهر كله أو لا فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما تحته
كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه لا تصح
وإن لم يسبق رجع بخلافه لأنه غير مكره في منع الصورة على البراءة قال وإن أكره على الزنا وجب عليه الحد
قال أبو حنيفة أولا إن أكره على الزنا فزنى وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار الآلة وذلك لا يكون
إلا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون الفعل دليل الطوع
ثم رجع وقال لا حد عليه إذا كان المكره غير السلطان لأن الحد للزجر ولا حاجة مع الإكراه لأن الإنزجار كان حاصلا إلى أن حصل
خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لاقتضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد

عند

عند وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وبهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد
أنه لا يلزم الحد وأما تقييد الإكراه بالسلطان فعن قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول من الكتاب وقيل من
قبيل اختلاف الحكم ووجه قوله أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئا وذلك بتقدم المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر
وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في الأمر وغيره يخاف الفوت
بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه وغير السلطان غير فوقه فيتمكن من الالتجاء
إليه وقد يقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر والحكم للغالب في كل موضع وجب
الحد على المكره وإن كان الظاهر أن الحق وكلمة لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطي
في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت
له بذلك أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الإذن لم يبح الوطي فكان إذنها لغوا لكونها
محجورة عن ذلك شرعا وإن أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة بتبدل الاعتقاد والإكراه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان
لم يكفر وفي تبدله شك وكان الإيمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك وإما يترتب عليها من البينونة ويجوز أن
يحمل كلامه دليل أحدهما لأن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه
والثاني أن تعال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه
يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المرتبة على الكفر بالشك فإن قالت امرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت
ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها فيقع الفرقة لأن التكلم بكلمة الكفر سبب
لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر
غير موضوع للفرقة يعني لم تظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق
بل دلالته عليها من حيث إن اللفظ دليل وترجمة عما في القلب فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم الفرقة كان دالا عليها
دلالة مجازية ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلا أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول عن م
قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل أن يكون لفظه يوافق اعتقاده واحتمل أن لا يكون
رجحنا الإسلام في الحالين فيل أي فجعل الإكراه على الردة والإكراه على الإسلام لأن الإسلام يعلو ولا يعلى فلم يجعل
كافرا في الصورة الأولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للإسلام وهذا في حق الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى
إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة
أن الإيمان هو التصديق والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام وفي ذلك من مذهب أصول أهل الفقه فإنهم يجعلون الإقرار
ركنا ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون
التصديق غير قائم بقلبه عند التشهد وهي شبهة دارئة للقتل قوله ولو قال الذي أكره معطوف على قوله وقال
هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال فجعلت قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة
لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الإنشاء دون الإقرار وهو إقرار بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب
لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر لأن الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لأنه ادعى محتمله

لفظه ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاءً وديانةً لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر بباله امكنه التخرج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تندفع به فاذا لم يفعل وانشاء الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل ان المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلثة اوجه وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة ووجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان لم يخطر بباله غير ما طلب منه والاول هو الاول وان خطر بباله ان يقول ذلك ويريد الخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث فان لم يرده فهو الثاني ولذا ظهر لك من هذا امكنك ان تخرج مسئلة الصلوة للصليب وسب النبي عليه السلام وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله اعلم

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا اذ فيه سلبها عن اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهو احد قطبي امر الديانة والاخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادر من الاسامي ويلحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كانت اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجئ اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف في تمامية العقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه آية اهليته فلاهليته لكنه حجر عليه واما العبد فرعاية لحق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه دين فياخذ ارباب الديون اكسابه التي هي منفعة للمولى وذلك تعطيل لمنافعه وكيلا تملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والمجنون الغالب لا تجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه **قال** ومن باع من هؤلاء شيئا اراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشرى جالب ويقصد لافادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز عن الهازل فانه يعقد لا لافادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر واورد سؤالا على الشرى وهو ان الاصل في الشرى النفاذ على المباشر غير توقف على ما مر في بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد نفاذا على المباشر كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد لذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او ضرر المولى فوقفنا قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى فاما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي ولذا ذكر في تسجي في شرحه قوله وهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشرى اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما يتمحض منها ضررا

كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم قوله دون الافعال يعني ان المعاني الثلثة لا توجب الحجر عن الافعال لان التشاء من الافعال الامر حدها حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال التي حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها وقد يتخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد من غير القصد لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله الامر حدها يعني ان الافعال لا توجب الامر حدها الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليهم من الحد والقصاص **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لينساق القوليات في موضع واحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة والاعتاق يتمحض ضررا والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته اي الولي بخلاف سائر العقود قوله وان اتلفا شيئا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله والحائط المائل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

كتاب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ذاك متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير

وتلافيه على مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا
مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يحجر على
السفيه ويمنع عن التصرف في ماله لان الحجر عليه عندهما يثبت في حق تصرف يتصل به الفسخ ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع
والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل به كالاقرار بالحدود وحد القصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق
والعتاق فالحجر لا يعمل فيه فيصح منه من التصرفات بعد الحجر على ما يجيء واستدل المص بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على
الوجه الذي تقتضيه العقل فكل من كان كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه حقيقته والدليل على صحته منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه
ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق
الزجر والعقوبة عليه والفاسق نظيره فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا و
عقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد
فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه
مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية
كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان
في الحجر سلب ولايته وفي سلب الولاية اهدار آدميته وهو ظاهر قوله ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما ولهذا
منع عنه المال وتقريره ان منع المال عنه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ليس بنعمة في العقوبة
لما ذكرنا فلا يقاس عليه قوله ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز
عن النظر لنفسه ومن انقاد عليه نظر له الشارع ثم باعطاء النظر القدرة لما ذكرنا انه عاقل وجرى على خلافه بسوء اختياره
فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال
بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد اي لا يملك الا بالقبض فاذا
لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك ثم فعل المرتهن قوله واذا حجر تفريع على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي اذا حجر على السفيه
على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه
وقضاء باطل وانما جاز لان الحجر الثاني فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له هاهنا
سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف
فان ابا حنيفة لم يقل بهذا القضاء فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى
ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قضاء آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي
حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله حتى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عنده فاذا بلغ
ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه ونتائج عبارته في الجمع بين الادب وحتى
ظاهر لا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب
ومن ليكن ان يتوجه على وجهين احدهما انا لا نسلم ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب ومن لا يتغير فقضى

ان يكون محلا للتاديب والتاديب بعد هذا السن ظاهرا وغالبا لانه في هذا السن يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في
الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر ولم يبق قابلا للتاديب لا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني
انه محل بعارضه فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب
قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبي لان العادة وجدت انه في
اوايل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان ادنى مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر
سنة وما قرب من البلوغ في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه عليه السلام
بقوله مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه
ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود
لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى سن يمكن
لصيرورته فيه جدا وكان متناسيا في الاصالة قال ثم لا يتاتى التفريع على قوله انما اراد التفريع الذي ذكره
القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتاتى على قول ابي حنيفة وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما
لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لتحقق معنى الحجر عليه فيكون موقوفا فان رأى الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان
البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجازه وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم يبق الثمن في يده لم يجزه لان
فيه ضررا به وفي البيع عن بدء بدون ان تكون في يده شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف
قد وجد وذلك يوجب الجواز اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان
الاهلية بالعقل والسفه لا ينافيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله والتوقف للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى
المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لابد
من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار آدميته والنظر له في ابقاء البيع على ملكه كما كان فلا يترجح
من القضاء وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده لان العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء
فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد
يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي حنيفة لكن خص قولهما بالذكر
احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تاثير للحجر عنده
بل احترازا عن قولهما في ساير التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشرى والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما
ذكرنا في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله
فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من وجوه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه او لعتق
لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي وغيره ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقول النبي عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن
جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبدا عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب
عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه الحقيقي الهازل

والصحيح فيه أن يقال العقد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل وكلاهما غير الاول لأن القضاء بالحجر عن التصرفات
المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لأن في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لإمكان
أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما
وضع له ممكن مع العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما والأصل عندنا أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في أنه لا
يزيل الخطاب ولا يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام العقوبة باللسان بالاكتساب سببها كما أن الرق كذلك فلا ينفذ بعد الحجر شيء
من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفيه كالرق لأن حجر الرق لحق
الغير في المحل الذي لا ينفذ تصرفه فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر بمعنى النظر وذلك
في رد العتق الا أنه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رد القيمة كما في الحجر على المريض لأجل النظر لغرمائه وورثته فاذا
أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه ولورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى
آخر النكتة وعن محمد أنه لا يجب عليه السعاية لأنها لو وجبت به لوجبت حقا للمعتق وذلك غير معهود في الشرع وانما
المعهود أن يجب لغير المعتق كما في اعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت ولو دبر عبده جاز لأن التدبير يوجب حق العتق
فيعتبر بحقيقته لأنه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلأن يملك انشاء حقه كان أولى الا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حيا
لأنه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فإن مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته
مدبرا لأنه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا ترى أن مصلحا لو دبر عبده في صحته
ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته على العبد أن يسعى في قيمته مدبرا للغرماء قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قنا لأن العتق حصل
بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا أنه
جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما ظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق
بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد
كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته
فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وابقاء الخلوج الا
لحيوة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فألحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية
حرة لا سبيل عليها لأحد وإن مات مديونا ولم تسع هي ولا ولدها لأن ... كانت بمنزلة أم الولد
لأن الدعوة حين كانت دعوة بحرية فلا تقدر على بيعها وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد
الولد فصار كأنه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الأول يعني أن تكون معها ولد لم
يكن لحق قال وإن تزوج امرأة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله وصار كالمريض مرض الموت يعني في لزوم
كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة في المريض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا
وقوله وكذا اذا تزوج بأربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم
واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته فيتقدر مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لأنه من ضرورات
النكاح وبهذه المسألة يعتضد أبو حنيفة على أنه لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا

الطريق بل هذا أضر لعدم اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في الهبة والحسنات والخدعة في التزويج والطلاق
قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق قوله ويخرج الزكوة من مال السفيه والأصل في هذه المسائل أن ما وجب
عليه من أمر دينه كالزكوة وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء
لأنه مخاطب والسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله
في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعشيرة الزوجة لأن اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم شيئا الا في الولد
والزوجة اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر
في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا يثبت عشرة المقر له الا اقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة
قوله وهذا أي ما ذكرنا مما أوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني ما أوجبه على نفسه حيث
لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلثة أيام متتابعات ولكل ظهار شهرين متتابعين وإن كان
ماله الكامل حال التكفير لأنه لو كل واحد مما يجب بفعله كان السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير فيفتح هذا الباب ويضيع
فائدة الحجر فإن قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة
منتفية لأن ذا اليد الحجر يوجب السعاية على من يعتق من السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله
وإن أراد حجة الاسلام واضح وقوله ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لذلك والقياس أن لا يعطى نفقة
السفر لأن العمرة عندنا تطوع كما لو أراد … للحج تطوعا فإن جنى جناية في احرامه
يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا ... ولزمه لم يؤد الى اذا صلح فإن مرض وأوصى وقيد بالمرض
باعتبار أن الوصية غالبا يكون في المرض فإن السفيه الصحيح اذا أوصى بوصية حكمها حكم المريض والقياس أن تبطل
كما لو تبرع في حيوته وجه الاستحسان فيما اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لأن نظره فيه
الى وجوههما بعد وقوع الاستغناء عن المال في أمر دنياه ووقع أن النظر له في التبليغ وانما النظر له في اكتساب الثناء
الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك وقد ذكرنا من التبرعات كثرها سرا في كفاية المنتهى في ذلك قال أن الذي
بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للأب
ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير يشتري له أو يبيع منه ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ
السفيه الا بأمر الحاكم والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه
ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع أن الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه
اذا دبر عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ
سواء وقال الشافعي يحجر وهو مبني على الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر
عليه وإن كان مصلحا لماله وعندنا للنظر له في ماله واذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر ولذلك ان الله تعالى قال فإن
آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم نكر الرشد وهو يطلق قطعا على القليل منه والكثير وهو اصلاح في ماله
فقد أونس منه رشد ولأنه أهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في
أول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي في ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن في التجارات ولا

يصير عنها السلامة تغلبه ما في الحجر من النظر له وعورض بانه خلاف ما ثبت عن النبي عليه السلام فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال اذا بعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الا انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارض بخبر الواحد ثم ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان انتهائه ومن الفضل لبيان ذلك قال بلوغ الغلام بالاحتلام والحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى فاذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة وقال محمد اذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر قوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال رهقه اي دنا منه وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما وقيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة واكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان ينبغي ان يذكر فلا جرم اخره وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في الدين احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان يبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه يختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب وغيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث ينفذ ومن يتبين من الحجر الجهل باسمه لانه يرتفع بابراء الغرماء ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وعن ابي حنيفة لا يحجر الا فيما سنذكره انشاء الله وذلك لان ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اسد الرابطة ضرر يلحق المديون فترك الحجر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كان الثاني مختص بواحد والحق ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن ولم يثبت الاهلية على ضرر الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا للظلم وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه التصرفات وكلامه ظاهر وفي قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة هو مفسوخة لانه احتمال خروج فلا يبعد بها اهلية الانسان ومن تركيب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيينه من الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق متعين ثمة لانه لما عجز عن الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس بربح الثمن لاجله لاجل البيع ونقول سلمنا لزوم الحبس لكن ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين على اختيار من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب

وسؤال

وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله اي كيف يصح البيع ولو صح البيع كان الحجر لا انه اضراره بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند ابي حنيفة وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله عملا بالشبهين قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله وباع في الدين النقود حاصله ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الدين يعني لو استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الدين وكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اخرجه تحرز عن هلاكه لانه لا يجوز ابطاله كما كان الدين اليه لانه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفع بمال الغير فكيف يجوز ابطاله لاجل مال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن في الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولجانب الدائن لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه حيث دار بلا فرقة وانه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الازمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقتسمون بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين سواء اخذ او فضل كسبه بغير اختياره او اخذ القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره واما المديون في حال صحته لو اراد احد الغرماء على غيره بقضاء الدين بالحبس فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة وللآخر منهم ثلثمائة وللآخر منهم مائتان وطالبوه جميعا فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم ديونهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص لانه ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار يترجح اليسار للاثبات اليسار اي استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة الاعسار يعني الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه عجزه لان الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه اي تفسير الملازمة وان يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه او في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجة كغذاء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغذاء واعد له موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه

عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس فللطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره
الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا
للضرر عنه قوله ومعناه منعه عن الاكتساب بفضل قوت يومه وعياله والولي الرجل لا يلازم المرأة الاجنبية لاستلزامها
الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال فاذا افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشتراه منه
من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي لطلب البائع على المشتري
حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع ونحوه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب
حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع
وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ
اجاب بقوله وصار كالسلم يعني ان المسلم فيه دين ولا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه
عن ايدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ وكذا الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم
العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو
غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ لانه لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما اذا كان المشتري مليئا وتوضيح ذلك
ان موجب العقد ملك الثمن وهو ملك يد دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت
قبله فلا فرق بين المفلس والملي فان قيل متن الاستدلال في مقابلة النص وهو ما روى ابو هريرة عن النبي عليه السلام قال ايما
رجل افلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد اجيب
انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبي عليه السلام قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو
اسوة غرمائه فيه وتأويل حديث ابي هريرة ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل
ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي
باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد
كذلك واستشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك
المولى البدل بالقبض لانه دين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله وقبض العين جواب عما يقال
لما كانت العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقود وتقريره ان قضاء الدين
لا يجب بذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق
بينهما مبادلة فيخرج انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف فيلتقيان قصاصا فثبت معنى الحقيقة اي تحقق
المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتبارها فيما يتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير
مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله
عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان
العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد
كتاب الحجر ظاهر المناسبة لان الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط

الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد محجورا لاجله عن التصرف في مال المولى
قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى حجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه
قوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي فان الاذن عنده توكيل
وانابة وصحح المص كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية
وانها عامة لا يختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط الحق للمولى الا ترى ان الاسقاط لا يتوقت كالطلاق
والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق من كونه في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه بالحجة
وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معروف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان
حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح كونه يتصرف باهلية
نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ومن الادلة ان تصرف مباشرة العبد للحقوق المشتري
لانه اذا اشترى شيئا والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع
عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا حق المولى ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح ولو كان تصرفه للمولى
لكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه
بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل المأذون عديم الاهلية
لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل
لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والعبد اهل له اصيل في ذلك وفي رقبته انما هو ذلك في التعريف فان قيل لو كان
الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر عليه لانه اسقط حقه والساقط لا يعود اجيب
بالرق فلما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لا ان الساقط يعود ثم الاذن كما يثبت صريحا
يثبت دلالة كما اذا رأى عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو
باب من الضرورة وقد عرف في الاصول ان السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه
بكونه محجورا ويحتمل ان لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان لان الناس يعاملون العبد حين علمهم
بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه وان لم يكن مأذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد
يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بالتواء حقهم ولا ضرر في الاسلام وان لحقه فيه ضرر يتحقق ان
الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وكان موضع بيان انه راض به او لا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان
فان قيل عن ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع ماله وسكت
لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه
متحقق بان لا يملكه عما يسعه في الحال فلا يثبت بسكوته ولكن في ثبوت الاذن في غير ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه
وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع
الاجنبي لان في الرهن لم يصر سكوته اذنا لا خلله لكونه لا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد اتصل الى يدي محل آخر

فكان في ذلك ضرر محقق لان مال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فيخص ضرر المرتهن بحكم الاذن ببطلان
ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن الديات فكان اقوى
واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فعلم المولى بعد السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين نقلا عن مبسوط
شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان
النكاح يكون موقوفا فان انكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك
ولم يكن ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا ولكن ضعيف لانه لا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه كما ان
انكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته ولهذا لو سكوته اجازة اولى ولعل الصواب ان يقال ان
في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى والاجنبي باذنه
او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل ضرر او نظيره دون الضيعة فدفع فينتقض به لو لم يكن ماخوذا لم يدر ولو لم
يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنه ومن الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة اعني
ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لا **قال** واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما اي اذا قال المولى لعبده
اذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري
ما بدا له من انواع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان الحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز
بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش
خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض
من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة ان البيع بالغبن الفاحش
تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره
من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المريض
بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث ابو حنيفة سوى بينهما بين البيع والشرى في الغبن الفاحش وفرق بينهما
في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بالمحتمة العهدة فكان الوكيل في الشرى متهما في انه اشتراه لنفسه
فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الآمر وهذا ابو حنيفة في تصرف المأذون لم يظهر انه لا يرجع بالمحتمة العهدة
على احد فكان البيع والشرى في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان
يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة ولو حابى العبد المأذون في مرض
موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فيتقيد ان زادت على الثلث وان كان عليه دين
من جميع ما بقي يعني يؤدي دينه والا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث
لحق الورثة ولا وارث للعبد لان مال المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط
الورثة حقهم في التثليث لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباة فيقال للمشتري
اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر يعني اذا حابى في مرض موته وللمأذون ان يسلم نفسه السلم
والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز له

بين المشترين لانهما ايفاء واستيفاء ومن توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها ويستاجر الاجراء
والبيوت لان ذلك من صنيع التجار وياخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه اذا كان البذر من قبله فهو
مستاجر الارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل الخارج لا يلزمه شيء بخلاف
الاستئجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض بعمل الزراعة ببعض
الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يحصل
الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها
تنعقد على الوكالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة
عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة وياخذها لانه من عادة التجار
وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه تابعا لمولاه في التصرف
في كسبه الذي هو لانه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس
المال لان المولى اذن له بالاكتساب ويديم نفع الكسب واما هو راس المال المأذون له يملك التصرف فيه بصرف ودفع فالمأذون
له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها
لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه اذن له لاجل الربح فلو جوزنا التصرف من
حيث الذات افضى الى عدم الربح فان رضاه للربح لم يكن للربح منه فبطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود
قال فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي
انه توكيل وانابة وعلى ذلك يبتني هذه المسألة وهي انه اذا اذن له في نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره كان مأذونا له
في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل
وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره
فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق
وفك الحجر على ما بيناه في اول كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لان التخصيص
انما ذلك بتصرف في ملك الغير وهو لا يجوز وقد نوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد
ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لان ملك العبد لان النكاح تصرف
مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا
كان له ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان التصرف الذي
بالمولى بعد الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون
الخز اجيب بانه ضرر غير متحقق وان كان فهو نفع وهو التوكيل به على ان يجيز التصرف بالغبن الفاحش عند
ابي حنيفة ينفع ذلك في الجملة اذا ثبت الدليل انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا وقوله بخلاف
الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قولهما كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف
في مال غيره وقوله وحكم التصرف جواب لقولهما ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند اي ان اردتم ان حكم التصرف

وهو الملك حادث للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وهو ما
استغنى عنه بخلفه الملك فيه موضعه اصول الفقه قال واذا اذن له في شيء بعينه اذا اذن المولى
بشيء بعينه مثل ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما للاكل او رزقا للاهل لم يكن مأذونا وهذا بعد ان
التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى
ان من امر عبده بشراء بقل بفلس كان مأذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويبيعها في الحال فلا يستجري
احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه حاجته لان غالب استعمال العبيد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل ١٣
بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب
واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر او ادّ الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا
بالتكسب وهو دلالة التكرار وقال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع من انواع التجارة بتكرر
بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم لم يكن اذنا وينتقض بما اذا غصب
العبد متاعا وامر مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه امر بالعقد المكرر دلالة ونحو ذلك
لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد يحصل منه صريحا فاذا بطل التخصيص ظهر الاطلاق
قال وكلام المص يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول اذن دون الثاني فتامل قال
واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز اقرار المأذون لغير ولاد بالديون والغصوب والودايع جائز لان الاقرار من توابع
التجارة اما بالديون والودايع فظاهر فان البايع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض فيودعه عنده واما
بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان والضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك
توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته
ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما
في الحر والجامع تعلق حق الغرماء بما في يده ... بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطي
جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر
او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان ذلك المحجور انما هو في
حق التجارة وما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للمأذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة
ولا ان يزوج مماليكه كذلك وجوز ابو يوسف ان يزوج الاماء لانه تحصيل المال وهو المقصود بالاذن فكان
كالكتابة وقالا الاذن تضمن للتجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل
على وجه يكون من صنيع التجار والنكاح ليس من ذلك قوله ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيح
لبيان ان صحة الاذن ليس لغرض تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله وعلى هذا
الخلاف الصبي المأذون له والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني انهم لا يملكون تزويج
العبد بالاتفاق وفي تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل
هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب انهما يعني الاب والوصي اذا زوجا امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب

والوصي

والوصي هنا في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب والمكاتب يزوج امته لانه اكتساب لا استغلال به قال وما ذكره في الكتاب
اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل في المسئلة
روايتين قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للمأذون ان يكاتب لانه ليس من التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة
مبادلة المال بالمال والبدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان
من لا يعقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فيكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قال الا ان المولى
قد ملكه لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى بلا دين فيه فبمباشرة الكتابة يملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى
وترجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة
سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته وللقائل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا
عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب ولهذا قال ولا دين عليه لانه
لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا بطلت كتابته وان اجاز المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد
وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه اعتاق الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق
اولى وهو ان اجازه المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون
العبد وكذا اذا كان عليه دين عند ما ذكرنا بقيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز
ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق
فتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ولا يتصدق لان ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل
تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة قوله من الطعام يشير الى انه لا يهدي غير المأكول
لا يجوز اصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة قال محمد بن سلمة ان
كان مال التجارة مثلا عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال التجارة عشرة مثلا فاتخذ
ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة بدون القياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع
لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز الغني من التجار فكأنه اراد بالتجهيز وهو الذي
يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وفي كلامه نظام قال
وديونه متعلقة برقبته واذا وجب دين على المأذون بالتجارة او بما هو في معناها كما اذا كان له سبب دينه بالاجماع وذكر لكن
كمن تعلقت برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل المال له
لا الحرمان وحاصله لا تفويت المال الحاصل وذلك الغرض للمولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين
يحصل للمولى قوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهلا
كان كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان
محجورا عليه يتعلق بذلك ... ولنا الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه
في حق المولى بالاذن وهو الظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
الفرع الثاني قوله وهذا لانه الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه الموضوع والتجارة داخلة

تحت الاذن بلا خلاف فشبه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان
الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس ويجوز ان يكون بيانا لقوله وجوبه في حق المولى وقوله وتعلق
الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل الربح وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء
وعلم المعاملون بذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان
خوف التوى يمنعهم عن ذلك فيفوت الغرض ولا يصلح ان يكون عوضا للمولى فان قيل الاصلح ان يكون عوضا لانه يتضرر والضرر
لا يكون عوضا اجاب بقوله ويندفع الضرر عنه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه
وفاء بالديون فلا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان ولم يف بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب
عنه بان المراد به بيع قبضه المولى في حين الاذن على العبد ثم كسب ديونا فانه لا يجب على المولى حينئذ ان كان باقيا
والضمان ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين
لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك
على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة
كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول المبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما
يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقابلة ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر
ويعني من الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم يكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء
بغبن وهو نادر وحقيقة انها لو لم يكن مساوية لاختار اداء الديون دون بيع العبد والحق ان الاول من باب التحري
خفية وهو مخصوص لما ذكر المعترض والثاني عام لكنه اغلبي تقيم على من فيهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون
المديون عندهما كما سيجيء وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بغير ذلك
بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة
دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان الخصم
الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته لانه مخصوص بانه بخلاف بيع
الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر
العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا
عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء والحجر على المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين
فيجوز بيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا
الغرماء قوله وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص
اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء
تضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي من ديون العبد
طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري ولا دين
ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في دين ثانيا

بدون

بدون اختيار امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له
في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه بعد ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن
فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه
بكسبه لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى منه يتعلق به الدين سواء كان حصل
قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ
فكان كسبه كله غير منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى منه قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوصه عن حاجة العبد
عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام
او نحو ذلك ومعناه له ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما ركبه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد
على ذلك من ربحه كان للغرماء ولا يأخذ اكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ شيئا رده
لانه اخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنا استحسنا فقيل بسلامة الغلة للمولى لان في اخذ المولى ذلك
منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب وما زاد على ذلك فلا
يأخذه لعدم الضرورة حيث لا يتعين ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذ شيئا رده على الغرماء لتقدم حقهم فيه قال فان حجر عليه
لم يصر محجورا حتى يظهر الحجر بين اهل سوقه لانه يتضرر الناس به لانهم يبنون الامر على ما علموا ورقته في تأخير
حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد اكتسب شيئا اخذه المولى او لا يجد ديته الا من البينة لانه قد كان
حجر عليه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى
ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو
حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك ومبايعه جاهل من ان يأذن الذي علم بالحجر والذي لم يعلم بالاذن الاصلي يجزي
ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحضر من اهل سوقه فهو حجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل
دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسول عليه السلام والحكم الثاني ان لا يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه يحجر لعدم الضرر
بالاذن قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا لان الاذن غير لازم وما كان غير لازم من الاشياء
فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا سائر الوكالة للمولى وقد جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه
واللحوق بدار الحرب كالموت لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته
واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فان للمولى ان يأذن لعبده الابق
في التجارة ويعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان للمولى ان يأذن لعبده
المغصوب الذي يكون بيد الغاصب بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا فيصح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه ابقا ولنا
ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الابق فلا يكون راضيا
ببقائه مأذونا في الابتداء الا انا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع
من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود لانه لما صار محجورا لم يعود عليها
الا بتصريح بخلافه وقال زفر ليس بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن له ولم جاز فكذا اذا استولى عليه بعد الاذن

وهو البيان واستحسن العلماء حجرها لان العادة جرت في الطعام ان الانسان يحصن امرأته ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس
في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة والمعتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه
محل تعلق به حق الغرماء اذ به يستوفى البيع وبه يتقضى حقهم وقوله واذا استدانت الامة المأذون لها الخ ثم قيمتها معناه ظاهر
وانما قيد بكونها اكثر ليظهر الفائدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله ولانه فاته بتحليلها اي حال الاذن والتي
لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق كحقيقته لا يورث في فكاك الحجر لا يورث في الحجر عليه قال واذا حجر
على المأذون له فاقراره جائز اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما في يده من المال انه لغير مولاه فهو جائز عند ابي حنيفة قال
المص ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون
والغصوب فيتبرأ الذي به التعميم وعدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له قال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لان
المصحح للاقرار اما الاذن او اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فظاهر لان الحجر ابطله واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه
غير معتبرة شرعا وهذا لان الاذن يد غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب المستودع وحضر مولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت
غير معتبرة كانت الوديعة كثوب الهبة الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تاويلها اذا علم
المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه للمولى ولم يعلم بانه كسب العبد قوله وصار كما
اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يصح اقراره
العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع
رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة ان المصحح للاقرار هو اليد وهي باقية ولهذا لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده
لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول
ممنوع والثاني مسلم ولكن صحته من الاقرار في حيز النزاع فلا يصح اخذه في الدليل والجواب انه مطلقة دليل تحققها لحمل
حال المسلم على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة
حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار واما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل
يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده اصلا وهو باطل والمص ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى الخ اجوبة عما استشهدا به من
المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى الحديث بيد تم وقوله فلا يبطل ما ثبت حكم الملك يعني بر الاذن
فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد لو
باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعد كعبد آخر لم يباشر ولولا تبدله لكان خصما
لصدور المباشرة عنه حقيقة قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته
او لا يحيط شيء من ذلك اي لو احاط بالديون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والمأذون ايضا
يساوي الفا وعليه الف درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم ففي الاول لم يملك
المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق عليه قيمته لوجود سبب الملك في
كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا فان ملك الاصل علة لملك الفرع ولهذا يملك اعتاقه اي اعتاق الرقبة ووطء الامة المأذون لها

بتنزل اي المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطء انه يملك ملك الرقبة وكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ
فيه عتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها
الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث بايصال الملك الى اقرب
الناس اليه ولهذا اي ولكون الملك قائما في حال الاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في ضده اي في ضد
ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه وكذا الشفعة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات تخلف الملك
ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد ليرد عليه ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق
عنده بما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن
حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسب المأذون الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه
يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان
الخلافة في الموضع لا يعقل لعدم اهلية الملك في المال فان قيل ليس ما سبيل المالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والحرية
والرق ينافيان ذلك بل هنا فاته الموت نظر وثبت حمل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق
واذا عرف ثبوت الملك عنده وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه قوله بثبوت الملك نفذ العتق ومن
بيان انطلق في الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر واما عنده فلان كسب العبد لا يعرى
عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك
الوارث والمستغرق يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن شروح الجامع الصغير ان العتق
فيه جائز قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اي اذا باع العبد المأذون الذي لزمته ديون من المولى
شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط لانه لا يدكر عليه لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع
بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي
بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة في حق مولاه فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة اجيب بانه يبيع حيث
لم يشاء من دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض من وارثه او بغيره قال في النهاية ومن الخلاف متعلق باول
المسئلة وهو قوله وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز بناء على تقدير الواو في قوله بخلاف وليس بصحيح لانه
معطوف بمعطوف عليه ان المناسب لذلك عدم الواو وقال يجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل
وهو قوله بخلاف ما اذا باع من الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع
بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة في كل حال من الاحوال ومن الاحوال كون التسمية بالوف
باياه قلت ذلك ارجح من حيث اللفظ بالعرف وحيث المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع من الاجنبي جواز المحاباة
معه مطلقا ولا يرد بيع المريض فانه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو ويجعله متعلقا
باول المسئلة وفي كلامه تعقيد تقديره كلام ابيه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا
كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لا يجوز عنده لانه حق بقية الورثة تعلق
بعينه اي بعين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا

اي المولى ولا يرض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ
وقال ابو يوسف ومحمد ان باع بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء
نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار المص لقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول الكل لان المولى يستفيد به
تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بنقض البيع فلا يكون لدخوله في البيع اولى وصار كالعبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون
في تصرفه مع الاجنبي قوله وعلى هذا بنى اي ومن مذهب ابي حنيفة ومن مذهب صاحبيه اعتراض الحكم والدليل ليس
تساوي المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة اذا باع من مولاه بنقصان يسير او كثير لا يجوز فلا تخيير
وعلى مذهبهما يجوز ولكن يتخير المولى ووجه ذلك اي وجه يجوز بيع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر
عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسير
حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع باليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع
فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى
للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا
لان المحاباة من العبد المأذون لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو متمكن بمباشرته
بنفسه عن المحاباة فيبين ضرر الغرماء فيه بازالة المحاباة وهكذا الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض النسخ بين الفرق
قال في النهاية يتعين الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق
بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز
عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج الى ذلك مطلقا
لانه لا يجوز البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي بجواز البيع مع الاجنبي
ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام **قال** وان باعه المولى شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان
سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس
لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو
فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده دينا حتى
لو اتلف شيئا من مال المولى لا يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه
بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه منه وان امسك المولى
المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لانه بائع وللبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو اخص به من الغرماء فان قيل
على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم انفا اجاب بقوله
جاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين حتى يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان الدين متعلقا
بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لكن تعلق برقبته ومن ان البيع قبل التسليم يزيل
العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين
حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد

سواء

سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية
صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا
اعتق المولى عبده المأذون وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال فعتقه
جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم
لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه وما بقي من الدين بقدر ما
اتلف فبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره
بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر وهو واضح وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه
معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا
ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما
البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغييب فتخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع
والشرى لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بالتغييب لما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما
بينوه وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشرى وان شاؤوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق
لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن لهم الضمان فكذا اذا اجازوا
وكذا اذا كان الثمن يفي بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما يجيء وكذا اذا كان الديون على العبد
مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل
ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو مالية وسنذكر فوائد القيود المذكورة وقوله [illegible]
الرهن اذا باع الراهن بغير اجازة المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رد فقد فسخ العقد بينهما فعاد
الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن يعني يجيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة ولا يجب عليه
الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد
فات بالبيع وحق الغرماء ينحصر في بيع التركة فافترقا **قال** ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين
اي قال المولى بين العيب الذي ابيعه بدين يريد سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما
بذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته
بين كلمته محذوفة في المتن وفي كل منهما فائدة فالاول يعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني ناقص معجل [illegible]
بمحل البيع يفوت منه التخيير فلهذا كان لهم ان يردوه لوصول حقهم اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن
اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم
فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم
ولاية الرد وفيه نظر لانه يبين فائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن فقد رضوا به سقط حقهم وان
كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني

ناقص محل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل لو اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا
للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون ولو اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه
بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى
يواخذ به بعد العتق فلما كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه
وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب ان الحمل على ادنى الاحتمالين متعين لانه يثبت به
الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي حنيفة
ومحمد وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بينهم وبين خصمه في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال
ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما انه
لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال
فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا ولها شفيع ثم وهبها الرجل وسلمها اليه وغاب الموهوب له ثم
حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما هو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة
قال ومن قدم مصرا رجل قدم مصر وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان
اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخباره انه مملوك وهو اقرار منه على نفسه والثاني اخباره انه ماذون في التجارة
وهو اقرار على المولى والاقرار عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا تضيق الامر على
الناس توضيحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد
في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة وفي ذلك من
الضيق والحرج ما لا يخفى وقوله الا انه استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لزمه كسبه وفاء الا يباع في
الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى انه لو اذن للمدبر
وام الولد يلحقهما الدين ولا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى ومن حيث انه يكون ماذونا وقد يباع بخلاف الكسب
فان قضاء الدين منه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بيناه من قبل وقوله وسط كتاب
الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه
فقال هو ماذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لتمسكه على الجزء البينة لان
دعواه كدعوى الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة **فصل** لما فرغ
من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي لانه من الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجملة
والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن الولي كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد
بنوع دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي
لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف
حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه ولانه مولى عليه

حتى يملك الولي التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون وليا للمنافاة لانه مولى عليه بسمة العجز وكونه وليا بسمة
القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يملكان منه وان اذن له المولى بخلاف الصوم والصلاة النفل والصلاة النافلة لانهما لا يتعلقان
بالولي فيصححان منه قوله وكذا الوصية على اصلي يعني تلك تصحح كما صححها اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف
لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه
بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع
صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما ان التصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل
بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش
والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر
باذن وليه والمولى له هذا التصرف فكذا من اذن له الا يرى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن
به فصدوره مما يملكه الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك قوله والصبا سبب الحجر جواب عن قوله لانه
محجور لصباه وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل للعجز وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كونه محجورا
لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له المولى زال ذلك العجز لانه يعلم انه لو لم يكن مهتديا في امور التجارة لما اذن له الولي
فيصح تصرفه كالماذون العبد المولى وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبتت له الهداية بالاذن لم يبق للولي ولاية
وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لا يمنع للنظر فان الصبيان اسرع الى المرجعة بالخبث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع
محض لاستيفاء المصلحة بطريقين بمباشرة نفسه ومباشرة وليه فصحة فوجب اعتباره والاحتمال تبدل الحال فان
حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق
جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض وضار محض
ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يوهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يوهل له
والثالث كالبيع والشراء يوهل له بعد الاذن لان نقصان رايه ينجبر براي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا
على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه اهل للتصرف وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا
باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع الاصلي لا
الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد
وترتيب ولايته هو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ووصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط
يريد به امير البلد كامير بخارا فكان الوالي انما له ذلك لان له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط وقوله والشرط ان
يعقل ان تعقد ذكره وقوله والتشبيه بالعبد الماذون ليس كذلك لكن يرد عليه التعميم ليس بمستقيم فان المولى يملك حجر
عن التصرف في مال العبد الماذون المديون بدين محيط بالديون والولي واجيب بان ذلك الغرر الحجار للمولى وعدم الحجار
الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه
الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا وتصح اقراره بعد الاذن كسبه عينا كان او
دينا الولي وغيره لانفكاك الحجر عنه وكان كالبالغ ولو رد بالولاية المنفردة فرع الولاية القاصرة والولي لا يملك الاقرار

على حال الصبي فكيف لا فادمنا ذلك باذنه والجواب انه فادم من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها
وكذلك هو رواية في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز اقراره بذلك لانه صح اقراره في كسبه
لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة ويجعل وهو في الموروث في ظاهر الرواية
لانه ملك عنه بالاذن الحق بالبالغ وعن ابي حنيفة انه لا يصح تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغ بخلاف الموروث
والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ملكه ولا يملك تزويج عبيده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف
ولا كتابة عبده لان الولي والوصي عليه لانها الى الاذن تمنا ولم يكن من صنيع التجارة والكتابة ليست منه والمعتوه الذي
يعقل البيع والشرى بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن
للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على المعتوه على ما بيناه يعني قوله وذكر الوصي في الكتاب ينتظم
الاب والجد لحي وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن الولي له في التجارة قال ابو بكر البلخي
لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة ما لا حتى ان اقر الماذون له صح بدون التجارة دون غيرهما
صح باثر الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان من ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني
ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبته
ما في يده من اموال التجارة وان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالاخر من المناسبة لان الاذن
في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
للاستعمال فيه في اصل اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم
محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم
احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك ليس احترازا عن الزيادة بل المالك لانهما في حد الغصب
عندنا وعند الشافعي هو اثبات اليد العادية عليه وثمرة الخلاف يظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمر
البستان فانها ليست مضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب
بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم
الغصب مع العلم بانه ملك الغير يوجب المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصد فلا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل المغصوب اما ان يكون قائما في يد
الغاصب او لا والاول سيجيء والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول فعليه مثله
وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى
اعدل لما فيه من رعاية الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة الموجودة مثل مالية الحنطة
المغصوبة اذ الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر الغاصب فوجب على الغاصب مثله صورة
ومعنى فالجبر التام ان يتدارك بما هو مثل صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم

الخصومة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل
له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الكلام فيه واضح وقيل انما قدم قول ابي يوسف ليثبت الاقوال
بحسب ترتيب ازمانها على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وابو حنيفة الاقوال
على سنن الازمنة مرتبة ثم الاستدلال بقول ابي يوسف وان كان الثاني تعليله قيمته يوم غصبه قال المص معناه اي معنى قوله
لا مثل له المعدودات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لا الذي لا مثل له على الحقيقة
سواه تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة وكمثل الدواب والثياب فانما تجب قيمته لتعذر رعاية الحق في الجنس فيراعى
في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة
التفاوت وقيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل على الموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر
كالمصوغ من القمقم والطست ولينبه على انه ليس المكيل كما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فيجب القيمة قوله
الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري ان تقديم مسألة القسم كان انسب ثم القول عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
اي على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى ترده وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان
اخذه فليرده عليه ما اخذت اليد حتى ترده وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه وهو واضح ورواية الغا
والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد ياخذ سرقته ولكن ادخال الغيظ على
نفسه وعيب في مذهب السرقة جاد في الادخال الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد انه يجد في ذلك ليغيظه
ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشراه في حقه سوى التصرف باليد لا
سيما اذا كان مديونا فله ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب
اعادتها برد العين اليه وهو الموجب الاصلي اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ
الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام منها ما اذا ابرء
الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة
على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح
بالعين ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا
انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز
للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس
كذلك والجواب عن مسألة الابراء انه هو بعرضية ان يصير قبله بشبهة الوجود في الحال والقيمة لذلك فكان الابراء
صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسألة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها
صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكوة ما ذكرناه في مسألة الابراء ثم الواجب الرد في
المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية
لاظهرها ومعنى ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي به وحبسه الحاكم ثم
يظهرها قضى عليه ببدلها بما اتفقا عليه من القيمة واقام المالك بينة على ما ادعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك

يعارض

فالغاصب يدعي امرا عارضيا خلافا للظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر وان قيل ذكر في الذخيرة في السير الغاصب
اذا غيب المغصوب فان القاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في
الذخيرة محمول على الجواز والمذكور في الكتاب على الافضل قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب كما ذكرنا
يتحقق فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل
من مكان الى مكان وهو الاثبات في مكان آخر كما في حوالة الدين والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر لان الغصب
بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق
واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف
الاول والشافعي لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة
اجتماع اليدين من جنس واحد في حالة واحدة وانما قال من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد
المستاجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات يد
الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول في تحقق الوصفين وجحود الوديعة في
العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحد كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وعدمه
بجحود الوديعة غصبا مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد
جانب الشافعي للالزام فانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات
اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه
اي باخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل فيه اي في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد
والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا ابعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل
فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود
وذكر في المبسوط والاصح ان نقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي
يوسف ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه
ضمنه وما نقص الغاصب العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما على قول
ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال اللص ويدخل فيما قاله يعني القدوري
اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه
وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي
حنيفة وابي يوسف ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف
في الغصب لا يضمن البائع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا
للضمان عندهما خلافا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك
بينة تحقق الغصب واما اذا كانت له بينة ملكه في تبعيتها على ان الدار ملكه وياخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق
وقوله وهو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل

اذا شهدا بان ارض انسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وان لم يكن ثمة اتلاف البائع بالبيع والتسليم
والضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان تكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان
الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف
واما في مسئلتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينة الا ترى انه لو اقام البينة
على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان
ينظر بكم كانت تستاجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول
نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين
المراد بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة يعني على
رأي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او تتقرر اي القيمة بذلك السبب يعني على رأي
من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين مخلص عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب
ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب تعتبر القيمة يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او بفعل
غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم يجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان
كانت جارية فاعورت او في ثوب خرقه او كانت منه التدبير فانكسر اوقية او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل
في ضمانه بجميع اجزائه في الغصب وقد فات منه جزء فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واحترز بقوله اذا لم يجبر
نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فنقص ما في قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا
خلافا لزفر فان كان النقصان بتراجع السعر لا يضمن اما انه لا يكون الرد في مكان الغصب وان كان فيه فلا ضمان عليه
لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى ان يعود
ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلزمه القيمة
ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف
المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا انتقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشتري
لا يضمن البائع شيئا بالنقصان حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو
اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه
فلو اختار وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل وهو القبض وبين ان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع اجزائها
وصفاتها فكانت مضمونة وقال اللص مراده اي مراد القدوري بقوله ومعناه بين ضمن النقصان غير الربوي
اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله
قال ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فاجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان
لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر رد عينه

قيمة النقصان

ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يتصدق بها وعلى هذا إذا آجر المستعير المستعار
والمودع الوديعة لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب وأما
الملك فلأنه يملكه من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث
وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل أصله حديث الشاة
المصلية وهو معروف فإن قيل التصرف في ملكه مستندا فأنى يكون الخبث أجاب بقوله والملك المستند ناقص
يعني بكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا أي لنقصانه يظهر في حق القائم دون الفائت فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العين
في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العين
إلى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم
استحق وغرم المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث ما كان
لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره أي غير الغلة بناء على المذكور أولا أي آخرا وهو أن الإنسان يحتاج إليه وللمحتاج أن يصرفه
إلى حاجة نفسه وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت
الاستعمال أي وقت استهلاك الثمن وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا أنه محتاج وكذلك إن استهلك الغلة
مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال ومن غصب ألفا
فاشترى بها جارية ... الغاصب أي تصرف في المغصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أبي
حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وقد مرت الدلائل من الجانبين في الوديعة وظهر أنه لا يستند الملك إلى ما قبل
التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وإنما ذكر الشراء في وضع المسألة
تنبيها على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي ثم بين أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر
أما فيما لا يتعين بالتعيين كالأثمان الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها إشارة إلى
أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الإسلام لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها
إذا أشار إليها ونقد منها أما إذا أشار إليها ونقد غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها
يطيب له وهو أي هذا التقسيم أربعة أوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه أيضا
وهو أن دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي لأن
الإشارة إذا كانت لا تفيد التعين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قال والفتوى
اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الإسلام قال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد
الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح قال
وذلك لأنه إذا نقد منها فلم يشتر ولا سلامة للمبيع حصلت من الدراهم فما أن يصير عنها عوضا فلا يثبت شبهة
الخبث وإن أشار إليها ونقد غيرها فإنما حصل له تعيين جنس الثمن وقدره من الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن
شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق وإن اشترى بالألف جارية
تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند

اتحاد الجنس بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرفها فلا يطيب له الربح **فصل** لما فرغ من بيان حقيقة الغصب
وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وهذا الفصل عما قبله فإذا تغيرت العين
المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها
حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغيرت بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فإن
المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم
يزل بالذبح لمجرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة
إذا غصبها وطحنها فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول بالطحن والطعام
أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها تناوله فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها
وشواها أو طبخها وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ معا ونظيره الحنطة والأمثلة كلها
تدل على أنه لا يباح للغاصب فعل قوله وهذا كله عندنا وقال الشافعي
لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنه لأنه يؤدي
إلى الربا إذ الدقيق عين الحنطة من وجه لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء التي أحدثت المركب موجودا وتفريق الأجزاء
لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه
لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أنه يزول ملكه عنه
ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو أحق بثمنه من الغرماء بعد موته قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى
الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوبة يوجب بقاءه على ملك المالك لأن الموجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا
بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة الحادثة لأنها تابعة للأصل كما إذا
هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت فإن الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك ههنا فإن قيل فلأنه
تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله والتعيين بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا
للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلا ونحن صار
صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأربها أي جعلها عضوا عضوا فإن فعل الغاصب
موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة
الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وأحل بها صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه
أي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم
إذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشيء
والطبخ لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب
عن قوله لا يعتبر بفعله لأنه محظور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة
إحداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث الجهة الأولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح
الشاة المغصوبة وتقريره أن الغاصب حجة في حدوث الفعل عليه حجة تبدل الاسم وإن اسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق

أي يباع المغصوب في دين الغاصب وهو أحق من الغرماء

كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيما بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة
بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم فينبغي ان ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذكرنا اقتصر في اسم
الشاة فيما بعد ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم والسلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود
بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعد لانه تفويت ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها
ان ياخذ ما قوله وهذا الوجه اي وجه الاستدلال بقاء الاسم علة لعدم انقطاع حق المالك وتبدل الاسم علة
انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب حنطة فطحنها او غزلا فنسجه او قطنا فغزله
او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما يجيء
لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له ظاهر وقوله ووجهه ان عين هذا القياس ان ثبوت الملك مطلق
للتصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على
رضى غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم بن
كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى ان النبي عليه السلام كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية
فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت
اعز منها لم ينفس علي بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد يعني المحبسين
بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها لان الامر بحفظ عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه
حفظ عينه ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء قوله وفي الذبح اباحة ١٤
الانتفاع دليل معقول وهو ظاهر وقوله وتفاديه جواب عن قوله ملكه لو وهبه وتقريره ان نفاذ ذلك لمكان
الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها و
وضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان من مال اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله من غصب شاة فذبحها وشواها
او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله وهذه ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل من الفصل من تعليل
مسئلة ومن غصب ثوبا فاستعمله فنقصته الحلة فعليه النقصان **قال** وان غصب فضة او ذهبا اذا غصب فضة
او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها
الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه كسره وفات
بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضرب يصلح لذلك وفي ذلك
دليل على تغاير معنييها واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق
المالك كما تقدم ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب
والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكوة كذلك ومن كان كذلك لم ينقطع حق المالك
قوله وصلاحيته لراس المال جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتقريره ان الصلاحية امر ثابت على مقتضى الطبيعة بحيث
بالصنعة لانه تملك العين بها من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه
انها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما يتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس

قلب فضة

قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا
مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من
الذهب مصوغا ولو وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت
الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه
دون وجه فلا تصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساجة
بالحاء سياتي بعد هذا فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة
البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك
ان تأملت في قوله ووجه آخر لنا فيه وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد قدمناه يعني في اول الفصل
بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ ووجه آخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب
اليه الشافعي اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب في سفينته والسفينة يعبر من
عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع اللوح منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عنه
فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنه من حيث ان فيه تلف النفس لا لان
المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحد منهما حق المالك
وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين وقال الكرخي
والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه
متعد فيه قال في الكتاب وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساجة
قبل البناء عليها تصلح للاحراق وتحت السقوف والابواب والرفوف وغير ذلك وبعده لا يصلح لشيء من ذلك الا بالنقض
والتغير يوجب انقطاع حق المالك **قال** ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار
ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع ١٢
وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر مثل الجزارة على المالك لانه محقق مقصوده فيها
فكان ذلك زيادة منها لا نقصانا حيث اعدت للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة
عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتاخير الى
وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما اي يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يضمنه شيئا يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما تقدم وجه
الظاهر ما ذكرنا انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو
اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما يجيء ولكنه لا يتم الجواب في ظاهره ولكنه يتم في قوله فوت بعض الاغراض
اذ الكل يجعل البناء منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل الى التقييد بغير ماكول اللحم فانه لو كان مأكول

ما كوله أيضاً كذلك لأن عطف قوله وكذا إذا قطع يديها على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه
نقصانها فدل أنهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر من جهة
تضمين القيمة بالاختيار منهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكول إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره من تردد ذلك الظاهر وفيه نظر
من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة
الحكمين في قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الأول لأنه إتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك
من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك
اختيار المصنف وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد في قطع
يد حمار أو رجله وكان لا تجيء قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان قوله وبخلاف قطع طرف العبد المملوك لأنه يتعلق
بتعليقه المالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره أن الآدمي بقطع طرفه منه لا يصير مستهلكاً من
كل وجه بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها فيما هو المقصود منها من الحمل والركوب وغير ذلك قال
ومن خرق ثوب غيره اختلف المشايخ في حد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع
القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه
فهو يسير وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب
بأن لا يصلح لثوب ما قال المص والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين يعني من حيث الظاهر والغالب أن
الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه وجنس المنفعة يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى
بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوت الجودة وإنما
كان ذلك صحيحاً دون غيره لأن محمداً جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً فقال وإذا غصب ثوباً وقطعه قميصاً
ولم يخطه فللذي أن يأخذ ثوبه ويضمنه نقصان القطع وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن
الفائت به بعض المنافع لأنه بعدما قطع قميصاً يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة
أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشاً وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب
للمالك لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق خرقاً كثيراً فالمالك يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب
عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فإنه قبل القطع كان صالحاً لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان
مستهلكاً من وجه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه حيث أن العين باق وكذا بعض المنافع
قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع
المسألة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص ونحوه وفيما لم يلبس كالكرباس قال ومن غصب
أرضاً كلامه واضح ظاهر لا يحتاج إلى شرح لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه
تفصيلاً فقال إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وإن كانت قيمة الساحة أكثر فللذي له أن يأخذ
قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد حيث قال في لؤلؤة سقطت عن إنسان فابتلعها دجاجة لإنسان ينظر
إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها له

وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر
إخراجه ينظر إليهما أيهما كان أكثر قيمة فيقوم صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك ما لصاحبه ويتخير بعد ذلك في
تلف أيهما شاء والأمثال غير ما ذكر وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق في المغرب بتنوين عرق أي لذي عرق ظالم
وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه
مجازاً وقد روي بالإضافة أي ليس لعرق غاصب شيء بل يؤمر بقلعه وقوله يقوم الأرض إلى يعتبر قيمة الأرض
بدون الشجر عشرة دنانير مثلاً ويعتبر الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيستكمل
الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوباً ظاهر وقوله اعتباراً بفصل الساحة كما في فصل
الساحة يؤمر بالقلع لأن المنتفع الأرض به فكذلك هنا لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله لأن التمييز
ممكن يعني بالقصر وقوله ولنا ما بيناه يعني في مسألة الساحة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب
الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه وإن شاء ضمن
قيمة صبغه وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض ووجهه أن تخير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما فتخير
المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له وأما السويق فبمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال أبو
عصمة المروزي في أصل المسألة يعني في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا
الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وإن كانت مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي
عصمة في أصل المسألة فتبين بذلك تصحيحاً للنقل وتدرك ما ذكرنا في مسألة الصبغ والانصباغ الوجه يعني
جواب المسألة وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل غير السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله
والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً وقيل
المراد منه أي من القيمة المثل سماه بذلك يسمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه أي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير في يتفاوت
تأويلاً بما يقوم قوله فعن محمد أنه ينظر إلى الآخر معناه أن ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلاً بأن كان
ثوبه مع خمسة عشر أبيض لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة
فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذه رواية هشام عن محمد **فصل**
لما فرغ عن كيفية ما يوجب الملك للغاصب شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عيناً فغيبها فالمالك بالخيار
إن شاء صبر إلى أن يوجد وإن شاء ضمنه قيمتها فإذا اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافاً للشافعي فإن الغصب
عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سبباً للملك كما لو غصب مدبراً وغيبه وضمنه قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق وقلنا إن المالك
ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يداً ورقبة وكل من ملك بدل الشيء خرج المبدل عن ملكه تحقيقاً بالتبرع ودخل في ملك صاحب
البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك وكلام
أن سبب الملك هو الغصب ولا كذلك تعليل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد فإنه قال في الأسرار
الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان والتراضي فقال شمس الأئمة في المبسوط وهذا وهم فإن الملك لا يثبت عند أداء
الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب سبب للملك لكان إذا تقرر له الملك بذلك السبب

بملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع
هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والحكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا
يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس في تحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل
فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه موجب له لغاية بل بطريق الاستناد ولكنه ثابت من
وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال الاعراض التي
لا تقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وينفسخ التدبير تقريره القول الموجب نعم هو كذلك لكن
في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحين كان البيع مضافا الى القضاء الى المدبر فيجوز بيعه لمصادفته الفرق بين الطريق
واما المتنازع فيه لم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في قيمة
المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة بالزيادة فانه لم يكن القول قول الغاصب بل يكون
للمالك لانه ثبت بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب فللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته
بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين
كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة
عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة
البينة اسقطها لان تنفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامته البينة لم تسقط الا اليمين فلا يكون في معنى
المودع وكان المصنف اختار قول غيره قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح
قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها
على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان يحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها
وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتاتى من
الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم
فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء بها وعلى هذا لا حاجة الى تاويل
ابي بكر الاعمش وهو قال تاويلها ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل
مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر
مما ضمن فاما ان يكون ضمنها بقيام الرضا او لا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب
عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني
كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فالخيار له ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا
حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله
واخذ دونها اي اخذ المالك دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما يكون ذلك للضرورة وهي عجزه عن الحجة فلا يدل
على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره وقد ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه
او دونه في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان

وان شاء

وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي الخيار انما يثبت له اذا استرد ادها الا انه يتوفر عليه بدل ملكه بكماله وهو
اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وعدم تمام الرضا يثبت الخيار
قال ومن غصب عبدا فباعه ثم ضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه الغاصب ثم ضمن
القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد
ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما يذكره والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان المكاتب
يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان
فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد
المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب
المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى يضمن بالتعدي لما انها عوض من منافع المغصوب
ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد ١٢
الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة وكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده
فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن منه منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على
مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه لم يوجد فيما نحن فيه لانها ما
كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت
ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار
اجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمناه ذلك لكن الازالة
ثمة ظاهر اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وكذلك بان اتلفه
او ذبحه واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يد من يحصل
يده لانه كان متمكنا في اخذه من الغاصب فقد ازال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في
الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك فالمشتري يجب ان يضمن لا بصفة قارة في الام بل هو وصف حقيقي في
ذمة الغاصب فانه وصف به لما كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان اماره
زعمها ان ذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد
لم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن بدل الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر فعبر
الملك وليس فيه ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب انما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان من حيث الحالة واما كل
ما يوجب الضمان يكون غصبا فلم يلزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص العلة مما يكون
تعديا قوله في الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه
ان قايس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قايس عليها بعد التمكن منه
فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه قرر كلام
اكثر مشايخنا ولهذا اطلق يعني لم يقيد بوجوب الضمان في ولد الظبية بما هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية

اي تلاف لان صيد الحرم وان كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعض غير ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف يعني
الصيد بالتي يتضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر سبب الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج
الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء اخر ويجوز ان يكون معناه بتكرر وجوب الارسال
بتكرر سبب الجناية التي هي الاخراج من الحرم قوله ويجب الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها
وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى قال وما نقصت الجارية بالولادة وما نقصت الجارية بسبب الولادة
في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده ثم مات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي
يثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما
لو فاتت كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان يكون جابرا لذلك النقصان
لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية
المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا يجبرها بل يجب ضمان
النقصان مع وجوب ردها الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف
شاة غيره فنبتت مكانه اخرى او قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب
الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا يجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص بالجز بالخصاء و ١٢
والتعليم بما ازداد من القيمة به ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة
على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان
نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع
ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل
قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا لان الفوات الى خلف كلا فوت فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت
ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع
ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف قوله وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان نقصان الظبية بالولادة
لا ينجبر بقيمة الولد وكذا الام اذا ماتت لا نسلم ان قيمتها لا تنجبر بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء ومشى المصنف على غير ظاهر الرواية
ولم يجبرها على الظاهر منعه لان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب موت
الام اذ لا تفضي اليه غالبا وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى وهي انه يجبر بالولد بقدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على
ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولو رد
عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك
الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة وانما ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا
كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من
المسائل ليس فيه اتحاد السبب كما ذكر في الكتاب فلا يكون شيء منها محل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها
وليس نكتة الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا للنقصان ووقع في ملكه فهو على خلافه اجيب بان النص

اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى الجابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان
الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه كضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد اجيب بانه ملك
المولى لا محالة من حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك
المولى فان قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف من عدم عده نقصانا لانتفائه
وهو الجلي صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف ما الطف ذهنه جزاه الله عن المحصلين خيرا قال ١٢
ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها
فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن بقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان
عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعدما ردها وتابعه المصنف في قوله ثم ردها فحبلت لتعتبر الرد على الحبل وهي
في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد لبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد فالرد قد صح لانه وصل الحق الى المستحق
وصحته توجب البراءة عن الضمان مثل ما قبل الرد فصحت حيث هلكت عنده بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعد
بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا
حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكما اذا اشترى جارية قد حبلت عند
البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها
لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفة ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد لما
فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك
او دفعت بها بان كانت الجناية خطاء فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هنا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة
فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد
بكونها حبلى قوله وفي فصل الشراء جواب عن قولهما كما اذا اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو
في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه ١٢
وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب الرد على الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد وكان
تمثيل لما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين دون الاوصاف ولا
تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع
المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد
الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد
الغاصب فلان سبب الموت ما هو الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه ما كانت في يد الغاصب او
حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما
او زنت في يد الغاصب وتقريره ان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف والجلد
في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجد في يد الغاصب فلا يضمن قال ولا يضمن منافع ما غصبه منافع
الغصب غير مضمونة الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين

بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا ففي شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك
قال ساكنها فكما قال الشافعي واعطلها فكما قال ابو حنيفة رحمه الله وللشافعي ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الآدمي خلق لمصالح
الآدمي ويجري فيها الشح والضنة وتضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصب لان العقد لا يجعل غير المتقوم
متقوما كما لو ورد على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اذ هي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن
حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث في امكان الرجل فهو ملكه دفعا للحاجة فان ذلك لم يثبت للعين الا دفعا
لحاجته الى اقامة التكاليف والمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك
المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط
الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد
فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج
اليه من مال اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان الدراهم من مال اليتيم لا تجوز الا بالوجه الاحسن
واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وابقى فكان التساوي غير موجود من وجه
الى انها تعتبر بين جوهر وجوهر لا بين جوهر وعرض فان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبقى دون
الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على ان الوجه
الاحسن في مال اليتيم ليس مما يعتبر عينا في التصرفات وقد عرفت من المآخذ الى العلل التي هي مناط الحكم او ما
ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله لانها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها
لا تماثل الاعيان التي في المختلف يعني في مختلف ابي الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب عن قوله المنافع اموال
متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير
متصور بل تتقوم ضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الا انه اي
لكن ما ينقص باستعماله مضمون عليه لانه اتلف بعض اجزاء العين **فصل في غصب ما لا يتقوم** لما فرغ
من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما
اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او تتغير في نفسه الى التقوم **قال** واذا اتلف المسلم خمر الذمي
او خنزيره ضمن المسألة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف المسلم خمر
الذمي واتلاف الذمي خمر الذمي والضمان على المتلف في الاوليين بالاجماع واما في الاخريين فعليه الضمان عندنا
خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم
بالخلاف فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال عليه السلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما
للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها لم يجب بانه اتلفها مال متقوم وهو الضمان الى ما نقضه ولنا
ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا ودل على ذلك قول عمر حين سأل عماله
ماذا تصنعون بما يمر بها اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد
مال المتقوم في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لانه متقوم ونحن امرنا ان

نتركهم

نتركهم وما يدينون لان التجارة لهم على الترك والسيف موضوع يعني لا نجبرهم على الترك بالالزام بالسيف لعقد
الذمة وقد تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مملوك متقوم وذلك
يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا ماتت المجوسية عن ابنين احدهما ابنها فانه لا يستحق بالزوجية شيئا من الميراث
مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد
ديانتهم ولم نتركهم وما يدينون واجيب بانا انما لم نورثها لانهم لا يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا يترك لهم سبيل وتقوى بخلاف
البينة ولانه لم يجب الحد بشرب الخمر عليه والشافعي لم يذكر في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين بحلها الا انه يجب
الخمر وان كانت مثلية ويذكر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب والمذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها
بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فاذا جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها
بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه قوله وهو بخلاف الربا متعلق بقوله لان التخمر ممنوع عن تمليك الخمر كذا
قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربا مستثنى من العطف حج وقوله لانه مستثنى عن
عقودهم يعني بعهد الحجة لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت
حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا
يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة نقض على الشافعي ووجه الجواب انا
ما ضمنا لهم ترك التعرض لعبد المرتد الذمي لما فيه اي في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه
ولا يشكل بهذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين
واجيب بان ذلك كفر اصلي والتنصر في تقرر على ذلك بخلاف الارتداد وقوله وبخلاف متروك التسمية متعلق بقوله
امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني انا امرنا ان نترك اهل الذمة على العقد الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد
على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان نقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية
عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قال المصنف ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم
يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان وهذا ما قالوه ونقابل بقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة وان الدليل الدال على ترك
المحاجة مع اهل الذمة دال على الحل كما مع المجتهدين بالطريق الاولى وعلى ما قررتم يجب ان الدليل هو قوله عليه السلام
اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين **قال** فان غصب من مسلم خمرا او غصب
من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء وماله قيمة
او لا فان خللها بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغه بالقرظ بتخمين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما
فاما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه
وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي
حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسألتين مذكور في الكتاب وهو بين وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب
ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان
عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ضمن فلا وجه

لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن لقيمته يومئذ والضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض
عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فظاهر انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه
قال القدوري يعني لو غصب الجلد منه فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذ رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابي يوسف
ان له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد
الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وقوله نظرا الى نفس الغصب في مسئلة الصبغ
يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله ولانه واجب الرد وبدل الخمر وتقوم ما ان الجلد لو كان قائما اوجب على الغاصب رده فاذا
فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك
قال الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على خلاف الجنس يعني ان القاضي
يقوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة وياخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة ان الجلد مال متقوم بنفسه ولما
حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع
لئلا يلزم مخالفة التبع لاصله كما لو اهلكه من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون
فكذلك الجلد ولان الغصب موجب للضمان في الهلاك لا في الاستهلاك وقوله بخلاف الرجوع عن قولهما ولانه واجب الرد وقد مر ان
وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يتعلق
بالتقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يتعلق بالملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة
وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا والجمع الذكي استظهار لان التقوم فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا
قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في الوجه
الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بالاجماع لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة
وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ان في المسئلة خلافا فان دليل التحالف
ووجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على الاستهلاك على هذا الخلاف
على ما بيناه آنفا وقيل نظرا الى الجحود في الاستهلاك لان من الغاصب فيه تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز
التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمته جلد
مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمته جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بما له
قيمة وخل بغير خلط شيء واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا
يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت
المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا
غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر ولو خلل الخمر بالقاء الملح قالوا صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء
عليه عند ابي حنيفة وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثمة قولا آخر

وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ نشير اليها قوله
هو على ما قيل وقيل يتكرر من قبل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك
ان قال قبل ان يخلل وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وقوله وهو على اصله يعني الاستهلاك اي على اصل محمد فان
اصله وهو قول ابي يوسف ايضا خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وصار الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه
فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صار خلا
من ساعته او بعد زمان وقوله لما قالوا وجواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء
ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء لما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان ياخذ الخل
في الوجوه كلها وهو التخليل بغير شيء والقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملح فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا قال في الجامع الصغير من كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار
والدف معروفة وقوله او اراق له سكرا اي صبه يقال فيه اراق يريق بتحريك الهاء واهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول
بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه في ذلك ظاهر لا يحتاج الى شرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة
الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة
الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات
اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها ان يكون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم
سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك البقعة ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري
بشركة او جوار قال الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي الشريك
ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني للملاصق قال في المص فاحسن اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد
من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم اي تثبت
الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها لم يبق للشريك
الآخر حق لانه الدخيل واذا في نفس الدار فلا شفعة وقوله عليه السلام الجار احق بالدار والارض ينتظر
له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله
ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته من غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق ثبت سببه قيل بعضنا
احق بعرضها عليه للبيع الا يرى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه عليه السلام جعله على
الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه على شفعته من الغيبة
وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته
والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال
الشافعي لا شفعة للجار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا
للقسمة واما الذي لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه

دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله
ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير
بلا رضاه فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا
ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لغرض
دفع مؤنة القسمة التي يلزمه وقوله في الاصل اي لما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وهذه من جملة
كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام ولنا ما روينا
من الاحاديث من قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه السلام الجار احق ١٢
بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار وهذا ظاهر لانه المفروض وقوله
تابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد
وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا اي
الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو الا تقسيم والا مبني لقوله وهذا الذي في معناه لانه في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة
يعني اتصال التابيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار
ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل يعني الشفيع احلى لان
الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من
الرفع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة يلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند
البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة
وذلك ضرر فمكنه الشفيع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة
لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري بغير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد
اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك انه اذا وقعت
الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال
لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فاخبر رسول الله عليه السلام بعدم الشفعة
فيها والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال
فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودل النص على الترتيب فهو خافية وهو حجة
على الشافعي ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولا نضرر القسمة يعني قد ذكرنا ان دفع
ضرر مؤنة القسمة لا يصلح لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة
للاستحقاق **قال** وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت في الترتيب المذكور ان ليس حق
الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلم فللمتاخر ان ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان
للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ

اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف في غير الظاهر جعل المتقدم حاجبا فلا فرق
اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منه كما في بيت معين من الدار مثل ان يكون في دار كبيرة
بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن
ابي يوسف لان اتصاله اقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار من غير ذكر مع كل حق هو لها
والشفعة ولمحمد ان المراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض
كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه مع الجار سواء في بقية الدار لان الطريق والشرب خاص حتى يستحق به
الشفعة وفسر الخاص بما احتاز من بين التفاسير المذكورة لبعض الفراغ من الارض كل قطعة على حيالها التي فيها يسقى شجر
ولا شايبه شيخ وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكره في كتاب القضاء وهو قوله ان فتحه للمرور وافق
لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق
الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية فليطلب ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير
يوخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة لم
فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار حرمة التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر ٢
الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة
صاحب الجذوع ومحو واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار **قال** واذا اجتمع
الشفعاء اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي فاذا كان دار بين ثلثة لاحدهم نصفها وللاخر
ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضي بذلك بينهما نصفين عندنا وعند
الشافعي اثلاثا بقدر ملكيهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك
كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الا ترى انه لو انفرد واحد منهم
استحق كل الشفعة وهذا اية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليستحق الكل
بين دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فاني يتساويان اجاب بقوله وكثرة
الاتصال يوذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة كما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح
انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا
لما استحق شيئا لان المرجوح لا ينفع في مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية تستلزم ما لا تستلزمه
الافراد فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه
يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا يستلزم ذلك
او التي لم يجتمع علتين مستقلتين الاول ممنوع والثاني مسلم لكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين و
الهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الا يرى ان الشاهدين
والاربعة سواء ولم يستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن
علتان انضمت احديهما الى الاخرى فاستدعت زيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبة يحصل للشارع

كذلك من حيث الحال وقوله وتملك ملك غير موجب عن طلب الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التمكن من التملك الذي يحصل
بالشفعة من ثمرات ملكه كما أن ما له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو أسقط بعضهم يعني
إذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء لبعضهم أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقين
في الكل على عدد رؤوسهم دون أنصبائهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم وإن الانتقاص كان للمزاحمة وقد
انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضي بها بين الحاضرين على عدد رؤوسهم لأن الغائب لعله لا يطلب يعني قوله
وبعد أن لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وإن قضى بها لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضي له بالنصف فإن حضر ثالث
فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وإن كان بعد القضاء لبعضهم فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن
القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية
لا تصير مقضيا له فيها والفرق في هذا بين ما إذا استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار ولكن
لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف ومسألة الكتاب أن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع
حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة
تجب بعقد البيع وهو توهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لأن سببها الاتصال على ما بيناه
يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل
عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا يثبت للشريك
في حقوق المبيع والجار لتحقق ذلك ورد بأنه لو كان السبب جاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى
أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بأنه لا اعتبار
لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل
والجواب أن ذلك شرط الوجوب والكلام فيه وما نحن فيه شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على
قوله والوجه فيه أي في هذا التأويل أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع
عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه وتحاصل أن الاتصال بالملك سبب ورغبته عن الملك شرط والبيع
دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذ وإن كان ينكره المشتري
ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له وقد وجد ما دل أن الرغبة عنه قد عرفت وللشفيع الشفعة وأجيب بأن في ذلك ترددا
لبقاء الخيار للبائع بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فهو مدل به كما عرفه والهبة لا تدل على
ذلك لأن غرض الواهب المكافأة وإن لم يكافأ له الرجوع فلا ينقطع حقه بالكلية **قال** وتستقر بالإشهاد ١٢
للشفعة أحوال استحقاق وهو الاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو بعد الطلب ولا بد
من طلب المواثبة أي من طلب الشفعة على المسارعة أضاف الطلب إلى المواثبة لتلبسه بها ابتداء لأن الشفعة حكمه
الضعيف نظرا إلى الخرجي حق ضعيف يبطل بالإعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال أي تثبت ثبوته كناية عن سرعة
السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه وحامل عليه من الإشهاد والطلب لا يدل على الدوام
فلا بد منهما ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد وتملك وهو إنما يكون بالأخذ وبتسليم

المشتري أو بقضاء القاضي ودليله لكونه ظاهرا وقوله وتنظر فإن قيل هذا أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت
أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين وقوله في الصورة الأولى يعني إذا مات الشفيع لأنه لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية
يعني إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لأنه
لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع يعني قول القدوري

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ذكر أن سبب الشفعة بين أن الطلب شرع في إثباته وكيفيته وتقسيمه **قال** وإذا علم الشفيع بالبيع
كلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة
والمبادرة قوله وهو أن يطلبها كما علم أي من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب
لأنه حق ضعيف وقوله والإشهاد فيه ليس بلازم وإنما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الشهود وتحقيقه
أن طلب المواثبة إنما هو لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم
منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل للقروي بيع الأرض بجنبك فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا
صحيحا ومن الناس من قال إذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لأن الأخذ لا يقع كذا في الابتداء فكان كالسكوت
والصحيح أنه لا يبطل لأنه يستعمل عرفا ومنهم من قال لو قال طلبت وأخذ بطل لأنه عبث محض والمختار ما ذكر في النص وقوله
وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي
والرد بخيار المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف المخيرة إذا أخبرت عند
أي عند أبي حنيفة يعني المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها يثبت لها الخيار عند الكل مخبرا أو غيره فإن اختارت
نفسها في مجلسها فإنه يقع الطلاق والأصل ما ذكرناه أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة وقوله أو على
المبتاع يعني المشتري أو بحضرة العقار قال شيخ الإسلام الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه
الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب
طلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فإن ترك الأقرب من هؤلاء الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا
في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم في مصر
والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياسا واستحسانا لأن مدة هذا الطلب مقدرة
بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا تسقط الشفعة بتأخير
١٢ هذا الطلب يعني الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وإنما قال بعد الثاني إذ تأخيرها عن غير عذر لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه
عن عذر من مرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وإن طالت المدة قوله وهو ظاهر المذهب
احترازا عن قول محمد يعني أن الشفيع إذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين
الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا تبطل وهو غائب لا تبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع لو كان
غائبا فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد
فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له والله أعلم
قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي هذا هو الموعود بقوله ونبين كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله الاختلاف

اسبابها فانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم انه هل هو محجوب بغيره اولا ومن اظهر السبب كالجار المقابل سببا
فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه قيل لم يتم بعد بل لا بد ان يسأله فيقول هل قبض
المشتري المبيع اولا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت
بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم انه هل طلب اولا فان عند ابي يوسف ومحمد اذا تطاولت المدة فلا
يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا الى المدعي لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير
وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت واخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الاستقرار
فان قال طلبته من غير تاخير يسأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب الى المبيع من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على
المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل ان يكون بطريق
اجارة او عارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فبها تم دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع
الله ما يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكر مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكر لزم اليمين على العلم
لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فعند ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا
فان اقر بذلك او انكر فقيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فبها وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه او
ما استحق الشفعة عليه من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه بين ما ذكره
في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى **قال** ويجوز المنازعة في الشفعة وتجوز المنازعة
في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المص وهذا ظاهر
رواية الاصل ولم ينقل من رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة
من غير احضار الثمن وانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه وروي عن محمد انه لا يقضي
حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره
حتى لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه
فقد رضي بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا
فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال انه رضي بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما
يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به غيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا ماطل
في دفع الثمن فيه وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه والذي لا ثمن عليه لا
يشترط احضاره فلا بد من القضاء بالتملك للمشتري المطالبة واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن لكون القضاء نافذا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فلو اخر اداء الثمن بعد
ما قال ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي **قال** وان احضر الشفيع البائع
وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة كيد
المالك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله فان قيل ذلك احتراز عن يد المودع
والمستعير ومن لم يبين كذلك فهو خصم لمدعي عليه لان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع

بحضرته ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذا من جملة قضايا اما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشتري
لابد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احديهما مع البائع وتفرد بالاخرى اما ما اشترك فيه فهو ما ذكره بقوله
ولان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضورهما للمقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا
كانت الدار قد قبضت فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره
بقوله وهو انه ينفسخ البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه وما كان فسخ البيع مؤديا للعود
على موضوعه بالنقض صرح في المسألة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على
البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري مع ثبوت حق
الاخذ للشفيع بالشفعة بينه واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب
شرعت لاحكامها الا انها لا تكون بعينها لاصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى خصمه المشتري
لتعذر انفساخه ولهذا لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيتحول العقد بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير
كانه المشتري من البائع ومن اثر الشفعة انها تثبت في الزرع والثمر وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول
المقصود فكان فسخه من طرف انه يرتفع بنسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره ومن اختار بعض المشايخ
وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد بقوله وكان بطريق التحويل لم يكن للشفيع
خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكنه ذلك كما سيأتي وما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب وكان المشتري
اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب لكنه لذلك يجب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما تعين في حق
المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وعلم المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا
الى الاصل قوله فتحول الصفقة اي فتحول الصفقة اليه ويرجع بالعهدة على البائع لانه بايع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت
على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض **قال**
ومن اشترى دار الغير فهو الخصم المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني
فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والعاقد قد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل
هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف
فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل
بالشراء كالبائع من الموكل لما كان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل
كما ان الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم اجاب المص بقوله الا انه مع ذلك يقام مقام الوكيل لكونه اصلا فيه فيكتفي
بحضوره قوله وكذا اذا كان البائع وكيلا ظاهر وقوله وكذا اذا كان البائع وصيا يكون الخصم للشفيع هو
الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يجوز فان بيعه به لا يجوز
وقيل المراد به كون الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيع التركة واذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم يتمكنون
من النظر لانفسهم وقوله واذا قضي للشفيع والمشتري كذا ظاهر وقد ذكرناه ايضا **فصل في الاختلاف**
لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه **قال**

وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري ليسا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لأن
الشفيع لا يدعي على المشتري استحقاق الدار بأقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخير الشفيع بين الترك والأخذ
فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجز عن إقامة البينة كان القول للمشتري لأنه منكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار
عليه عند نقد الأقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأنه لم يرد به نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من
كل وجه وإن أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي للمشتري لأنها أكثر إثباتا فصار
كبينة البائع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فإنها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل
إذا اختلفا في الثمن فإنها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فإنها
للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة ولهما أنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة
بألف وأخرى بألفين على ما شهدت عليه البينتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فيجعل كأن
يجعلا موجودين في حقه ولهذا يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا توالي بينهما عقدان إلا
بانفساخ الأول والجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى الأكثر إثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو
الترجيح لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر
التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل صار مقرا أن أي بحسب
يوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة للمالك القديم
ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذ لا يصح البيع الثاني
هنالك إلا بفسخ الأول ومن طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد ولم يأخذ بها قوله ولأن بينة
الشفيع ملزمة لأنها إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار على ما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملزم منهما أولى لأنها شرعت
للإلزام وبينة المشتري غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ ويترك وغير الملزم لا
في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى لهما حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينها وبين بينة البائع
والمشتري والوكيل والموكل فإن كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها
ملزمة على بينة المشتري من العدو لأنها غير ملزمة قال وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه
إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فإما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض ويكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم
للشفيع فإن كان غير مقبوض فإما أن يدعي البائع أقل أو أكثر فإن كان الأول أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا
عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وفيه تنبيه على أن التملك من جهته وإن كان التملك على البائع بإيجابه لأنه
لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء إذ يرى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري يستحق الأخذ وإذا كان كذلك كان
القول قوله وإن كان أكثر ولكل واحد منهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر
فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا
يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا لإبطال الحقوق ثم إن كان
مقبوضا أخذها بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وإن كان غير معلوم

القبض فإما أن يقر البائع بالقبض أو لا فإن كان الثاني ولم يذكر في الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض وإن
كان الأول فالفرض أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والكلام فيه بين المشتري فإما أن يقر أولا بعقد الثمن ثم بالقبض أو بالعكس
فإن كان الأول كما لو قال بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع أي بالألف لأنه إذا بدأ بالإقرار
بالبيع فقد تعلقت الشفعة به أي بالبيع بذلك المقدار فبقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع المتعلق بإقراره
من الثمن لأنه بعد تحقق ذلك يبقى أجنبيا عن العقد إذ لا ملك له ولا يد فيجب أن يأخذها بما ادعى المشتري لما
تقدم أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذها بما قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وإن كان
الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشتري لأن بالإقرار بقبض الثمن خرج
من البين وصار أجنبيا فسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن أبي حنيفة أن البيع إذا كان في يد البائع
وأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله ومن ظاهر الرواية أنه لم يصر أجنبيا
لكون الدار في يده ولم يذكر ما يكون

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع
وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤخذ به الشفيع لأن الثمن تابع
قال وإذا حط البائع حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لأن في المرابحة
ليس في إثبات الزيادة إبطال حق مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى
هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وإن
حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه إنما يأخذ بالثمن الذي
بقي وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع يرجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد
لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربا وما في الكتاب ظاهر قوله ومن اشترى
دارا بعرض أي بمتاع من ذوات القيم كالعبد مثلا أخذها الشفيع بقيمته أي بقيمة العرض لأنه من ذوات القيم وإن
اشترى بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنه من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك
على المشتري بمثل ما ملكه فيراعى بالقدر الممكن فإن كان لمثل صورة ملكه به وإلا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة
وقوله بالقدر الممكن يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة
ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعته في الجميع لكون
قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن وجه ذلك أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا تكون معتبرة بخلاف البيت فإن
أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله وإن باع عقارا بعقار ظاهر ووجهه ما تقدم وإذا باع
بثمن مؤجل إلى أجل معلوم فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي
الأجل ثم يأخذها وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوما لأنه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه
وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي القديم لأن الأجل وصف في
الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به أي بالثمن فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما
يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضى

دليل اخر تقريره لانه في الشفعة عن الرضا لكونه باسلا لانه لا رضي في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في
حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر مَلُؤ الرجل بالضم ولقائل ان يقول
لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البايع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل
كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قوله فهو وجه وصف
الشيء يتبعه لا محالة وهو اليه كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البايع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا ظاهر وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لا اتباع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ لما ماذكر في اخر باب طلب الشفعة وقوله
وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن الاجل الى ان الشفيع ملكه ببيع جديد وهو مبني على بعض المشايخ كما قدمنا
وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول لما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فيبقى مع من يثبت
الشرط في حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله وقول ابي يوسف الاخر اختاره عن قوله الاول وهو رواية عن ابي مالك عن ابي
يوسف كما يقول لا قولهما قد رجح وقال له ان يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلبها في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو
في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل وبثمن مؤجل في الحال وان تمكن من ذلك
فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضا عن الاخذ ووجه قولهما وقوله ولنا ما ذكرنا في الكتاب وفيه
اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقديره
يمكن الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه متراخ عن
الطلب فيجوز ان يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الاخر وتقريره
لا نم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نم انه لم يتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا **قال**
واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير • واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير
ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار
الحرب فلا تورث لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف اما الخنزير فظاهر
يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر قيمته كما تقدم في باب من
يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان وفي ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا
مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع
الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد
المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما
يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس
بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر **قال** الاصل في المشفوع عدم التغير والتغيير بالزيادة و
والنقصان بنفسه او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ
الشفيع الشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف
المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك

وهو احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو ان له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على انه ملكه
والمحق في الشيء لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان وتستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى لم يكن للواهب
ان يكلفه القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شراء فاسدا اذا بنى وبالمشتري اذا زرع فانه لم يكن يكلف قلع الزرع بالاتفاق
وهذا اي ما قلنا انه لا يكلف لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله
بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجود ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه وجه ظاهر
الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة من له الحق
وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن المشتري
بالشراء الفاسد فان بناءه حصل بتسليط الواهب والبايع وهذا اي نقض البناء لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري
ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا لان الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته
وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفاته بناء وغرسا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير
تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف على قوله وانما قيد بقوله
عند ابي حنيفة لان عدم استرداد البايع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما هو قوله واما عندهما فله
الاسترداد بعد البناء كالشفيع فظاهر الرواية وقوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل بتسليط اي في
الهبة والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اي حق المشتري يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع
لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة
فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية ولانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله فلا
معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة
المستحق والمشتري اذا بنى او غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البايع دون المستحق فكذا
ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري وهو جواب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى
الضررين لان قوله ومنه لان حقه اقوى من حق المشتري يتضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون
انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة
وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف
ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا ينضر به المشتري كثير ضرر لسلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله وان اخذ بالقيمة
معطوف على مقدر تقديره وتخير الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذ بالقيمة فان كلفه فذلك وان
اخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت الارض رجع بالثمن لانه
اخذ من البايع او المشتري لانه تبين انه اخذه بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه
تملك على المشتري فنزل منزلة البايع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن وقيمة البناء فكذلك
الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور ومسلط على البناء والغرس من جهة البايع ولا تسليط
في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر والتأمل فيه يرشد الى ان قوله

انهم يعني تعتبار عن البناء اذا احترق لم يسقط شي من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن
فكانهم اعتبروا بفعل المأخوذ التبار تعسف القلة التامل فان منشاء الفرق ليس فعل الماء وانما منشاؤه ان البناء وصف
والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اذا فاتت من غير صنيع احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط
حصته ما غرق من الثمن وان نقض المشتري فالشفيع ان شاء اخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار
مقصودا بالاتلاف فيقابله شي من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مقصودا فلم يبق
تبعا فبقي منقولا ولا شفعة فيه وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت قبل قبض
المشتري يسري حكم البيع الى الولد لكن سراية حكم الاصل الى التبع حتى يكون الولد ملك المشتري كالام وقوله في
الفصلين يريد به اذا كان في النخل ثمر وقت الشرى ثم جذه المشتري واذا لم يكن ثم اثمر ثم جذه ثم جاء الشفيع لاتحاد
العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري والله اعلم

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر
الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال **قال** الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار
وهو ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا
بطريق التبعية فلا يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والدار والنخل والحايط والبستان
واصله الحايط بعد الخشب بسكون السين وفتحها في معنى الفعل واختار الجوهري الفتح وقال فيما سكن في ضرورة الشعر
وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة ولهذا تثبت الشفعة اذا كان
لطريقه في السفل اذا كان لم يكن كذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم
والذمي فيها سواء وقال ابن ابي ليلى الشفعة حق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من
غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا
يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال
يتضرر في المآل ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا فاذا كان البايع غير المولى فللعبد
الماذون الشفعة مديونا كان او لم يكن وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه
ان الشفعة انما تجب في العقار وشرطها ان يتملك بعوض هو مال لامكان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك
المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع وحينئذ يعني انما يمكن
اذا كان العوض مالا لان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا
لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بغير عوض فكان سببا غير السبب الذي ملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار يتزوج
الرجل عليها او يخالع المراة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها او غير دار من عبد او حانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها
عبدا لان الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه
المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو

12

لان الشفعة عندنا انما يجب [illegible] وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن
الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وفي بعض
الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي يتاتى فيما اذا جعل شقصا
من دار مهرا وما يضاهيه اي يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار
ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام وقوله ونحن نقول جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه
الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة وقوله وكذا الدم
والعتق غير متقوم انما اوردهما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمال فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان
القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها
من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الا حق استيفاء
وليسا من جنس ما يتمول به وهو بين وقوله وعلى هذا اشارة الى ان العرض عن العقد وتعديه سواء في كونهما مانعا الا بالبيع
بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد
لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالته في الساقط لا تفضي الى
المنازعة المفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شي
منها وقالا تجب في حصة الالف بقسمة قيمة الدار على مهر المثل والالف المدفوع لانه مبادلة مالية في حقه اي في حق
بعض الالف وابو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك وقوله
ولان الشفعة دليل اخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية ولما لم تكن هي المقصودة تمنع
وجه ان تكون مقصودة لانه هذه الارى ان المضارب اذا كان راس المال الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالفين دارا
في جوار دار لرب المال بها بالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لراس
المال ولا يحتج بان لرب المال شفعة كثيرة في البيع كان رب المال لان المضارب وكيله في حصته وان بيع الوكيل
للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو التبع **قال** او يصالح عليها بانكار عطف على قوله تزوج
او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق عليها عبدا اي الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما
وقع في اكثر نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنسه وقيد بذلك
لانه اذا كان من جنسه كان اخذا حقه فلم يكن معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في
قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد فلا بد من التقابض فانه اذا وهب دارا
الرجل على ان يهب له الاخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا
لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن
العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض فان العوض حينئذ لا يكون كل واحد منهما
هبة مطلقة عن العوض الا انها اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبايع لانه يمنع زوال

الملك

عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى فإن أسقط الخيار وجبت
الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك
وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط عند وجود البيع لأنه هو السبب قوله وإن اشترى بشرط
الخيار ظاهر وقوله على ما مر إشارة إلى قوله من قبل ويجب بعقد البيع إلى قال أبو الحسن فإن الشفعة إنما تجب إذا رغب
البائع عن ملكه إلى آخره قوله وإذا أخذها أي إذا أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز
المشتري عن الرد والخيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار
لأحدهما أي لأحد المتعاقدين من البائع والمشتري فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها
فإن أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لأنه قرر ملكه وأقدم البائع على ما تقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لأنه
لو لم يجعل نقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة
ولتبين أنه أخذها بغير حق وكذا إذا كان الخيار للمشتري وفيه إشكال وهو ما ذكره الثلجي أن من أصل أبي حنيفة
أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا يستحق إلا بالملك فكان تناقضا وقوله وقد وضحنا
في البيوع قال في النهاية ثم الحوالة في حق الإشكال غير رائجة بل فيه جواب الإشكال وهو قوله فيمن اشترى دارا
على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها إلى آخره وقيل إنما كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال
كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم نعلم في بيوع هذا الكتاب فيحتمل أن يكون وضحه في كفاية المنتهى وإن كان
الخيار لهما لم يثبت الشفعة لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري قوله وإذا أخذها يعني أخذ المشتري بخيار الشرط
الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع وقوله
بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى يعني التي اشتراها بشرط الخيار له أي للشفيع
أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية
قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا والكلام واضح وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة
إنما هو فيما إذا وقع فاسدا ابتداء لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن
النصراني إذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه
ينفسخ البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لأن الفساد بعد وقوعه صحيحا قوله وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد
فلا يجوز يعني الأخذ بالشفعة واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت الفسخ في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار
الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا فسخ ليصل إلى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب
بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى يرجع إلى العوض أما بالشرط في حقه والفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض
الفساد فيه صح البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عما
هو مفسد فأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا اشتراط خيار وقوله بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح
يعني احتمال الفسخ في البيع الصحيح لما كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن المشتري ثمة
صار أخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار

بجنب

بجنب دار وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فبقي الحاصل أن الفسخ وإن كان محتملا فيهما لكن في خيار المشتري يملك التصرف
في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال بإسقاطه وفي الفاسد لا يملك لأنه ممنوع عن التصرف واعترض بأن المرتد ممنوع عن التصرف
بل الذي يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبايعه حق النقض وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأن الامتناع لذلك بل هو من قبيل ترتب
على المحظور من الأحكام كالوطي حالة الحيض فإنه تحلل المرأة على زوجها الأول وتقرير الفساد مأمور بنقضه من الشرع فيمنع
من شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك عن البيع المحظور الصادر من العبد لكن يضاف إلى الشرع وأورد أن قوله وحق
الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا وعدم الخيار للمشتري كان يندفع بقوله
لرفع الفساد فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد لكنه أدى بالسؤال والجواب إشارة إلى الشفعة
يستحق على المالك بملك غير محظور وعلى من صار أحق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف والمشتري
شراء فاسدا ليس منهما فإن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة أو بالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة
لزوال المانع وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وإن سلمها إلى المشتري فهو أي المشتري شفيعها
لأن الملك له ولا ينافي ذلك تقرير الفساد حيث لم يأخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لأنا نقول للمشتري بعد
أخذ الدار الثانية بالشفعة تمكن من نقض المشتراة بشراء فاسد مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه
لو ثبت الشفعة فيه لانتقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقرير فلا يجوز فإن قيل الملك
وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع تحقق وهو بقاء حق البائع في الاسترداد لما ثبت به حق الشفعة
وهو المشتراة بشراء فاسد فإن بقاء ذلك يمنع الشفيع عن أخذ المشتراة بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو
لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن
الأخذ في تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد والتقريب هاهنا على ما ذكرنا من تمكن
المشتري من فسخ ما اشتراه شراء فاسدا ثم إن سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت
الشفعة لزوال الملك الذي يستحقها به كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعد لأن بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها
ليس بشرط وإن استردها أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما
يستحقها به قبل الحكم بها ولا يثبت الشفعة للبائع لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية
لما بينا أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها جبر القاضي
والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة ولأنا لو وجبت لوجبت للقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهو متعذر وإذا
اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار الرؤية أو بخيار الشرط أو بالعيب بقضاء القاضي فلا شفعة للشفيع
لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والفرق في هذا يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه وأما إذا رد
بعيب بغير قضاء فإما أن يكون قبل القبض أو بعده فإن كان الأول فلا شفعة لأنه فسخ من الأصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا
صاحبه وقضاء القاضي وإن كان الثاني فهو موضع اختلاف روايتي القدوري في الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال تاج الشريعة قوله وهو رواية
مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لأنه يناقض قوله هنا ولا فرق في هذا بين

القبض وعن هذا انما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما رواية الجامع الكبير فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في رد بخيار الرؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رد بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب النهاية ثبوت خيار الرؤية كما ذكر في الكتاب والامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان الرد بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عين ما رد في الاولى او مثله ولا فائدة فيه واما اذا كانت عقارا او غيرها فانهم اذا اقتسموا ثانيا جاز ان يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا

باب ما تبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت فيما يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه من الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط لحق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل من ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضهم قوله من قبل وذكر في يقول في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله بهذا الاعراض عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا اذا طلب طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح في شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهل ان تعلق اسقاطه بشرط ما ليس بذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعتي في هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستدعيه ما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لانه لم يثبت فساد من الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالتعليل الاول فصح به الاستدلال وقوله على عوض اشارة الى الفتح اذا كان على بعض الدار صح او لم تبطل شفعته لان ذلك على وجهين احدهما ان صالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لعقد الاعراض والثاني ان صالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة ولا تبطل الشفعة لعدم الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق ولي القصاص

وبالصلح حصل له العصمة في ذمته فكان حقا متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاري بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه ما لك بعوض بما يثبت لهما الخيار ويعتمد على وجه اخر وهو ان كان اخذ العوض كل ان بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في رواية في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة وفي الصلح من رواية ابي حفص وقيل وعليه الفتوى وجه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل من الروايتين رواية ابي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا يبطل الكفالة بالصلح على مال ويبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه اي في المبسوط قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان ياخذوها فان كان الثاني فليس له ذلك وقال الشافعي في الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث فيكون خاصة كحاجته وقلنا الشفعة مجرد حق التملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيام وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو زاله باختياره بان باع سقط ومن نظائر الاختلاف في خيار الشرط في ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم يبطل الشفعة لبقاء المستحق والبائع الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع متقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حيوته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا ولو باع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي ولان زوال السبب مبطل يزول بها اي البيع ولو لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابراء عن الدين ولم يعلم انه دين عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم توضعا للتسليم وانما تسقط به الدلالة على رضى الشفيع والرضى بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكر انه يبطله وان لم يعلم واجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني فلم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فيمنع الانتقال قال وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او باع ماله

كره الطالب إذا باع المضارب دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى أو وكيل المشتري واشترى له كالوكيل
بالشراء فلا شفعة له لما ذكر في الكتاب أن الأول سعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لأن الأخذ بالشفعة
كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل بالرغبة عنها وكذلك إن كان وكيل البائع لو ضمن للمشتري الدرك
رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ
بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى الخيار ولذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم
أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو شعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته أما في الأول فلأنه إنما سلم استكثارًا
بالثمن المذكور وإذا ظهر أقل من ذلك يبطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت إن كان الثمن ألفًا فإذا رجا أنه تسليم مشروط
بشرط فينتفي بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتي بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف فإن استكثاره الألف كان استكثارًا للأكثر
فكان التسليم صحيحًا وأما في الثاني فلأنه إنما سلم لتعذر جنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به إذا كان الجنس مختلفًا قال في النهاية
تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كانت قيمتها أقل مما اشترى من الثمن كان تسليمه باطلا أيضًا وتحقق ذلك
كثيرًا وهو يعلم بالأولوية فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح لو ظهر أقل كان أولى وكذا كل
مكيل أو موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر
لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمته
أقل من ذلك لم يصح التسليم ولو ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف
الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر
متيسر عادة وإذا قيل للشفيع المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار في الرضى
بجواره بعض دون بعض قال محمد في الجامع الصغير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها
لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لأن تسليم
الشفعة فيما تقدم إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل إلا بعد وجوده وهذا
كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله في ظاهر الرواية
احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا لأنه لا يتمكن من تحصيل المضاف دون الجميع وقد يكون حاجته
إلى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض
الأحوال علم أن تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقًا يتأذى به فيحتاج إلى استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة
الشفعة يحصل الخلاص من شر الجار فاحتيج إلى بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لانقطاع الجوار
وقوله لأن المشتري في الثاني شريك لا يتجزأ المشتري الباقي كان شريكا لشراء الجزء الأول في استحقاق الشفيع الجزء الأول
تبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعين يقدم على الجار وقوله فإن أراد الحيلة بين حيلة
ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة وقوله إلا أنه إذا استحقت المشفوعة يبقى
قولين ومنهم أخرى يعني أنها حيلة عامة لأن فيها وهم وتوقع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لأنه
كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار فيتضرر به أي برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة

الدار وقوله والوجه الذي لا يكره أن يراد بيع الدار بعشرة آلاف درهم فيبيعها بعشرين ألفًا ثم يقبض تسعة آلاف
وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرين دينارًا مثلا فلو أراد الشفيع أن يأخذ بعشرين ألفًا فلا يرغب بالشفعة ولو استحقت الدار
على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فبطل
الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف وقوله ولا يكره
الحيلة اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للدفع بعد الوجوب أو لرفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها
فالحاجة لك في الأخذ فيقول نعم فسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه
عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وبعض القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال
لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وإنما الخلاف في فصل الزكوة

مسايل متفرقة

ذكر مسايل متفرقة
في آخر الكتاب كما هو عادة المصنفين ذكر محمد في الجامع الصغير من مسايل الشفعة الأيمن والفاظها لما سبق ما ننبه
عليه قوله فيتضرر به أي بتفريق الصفقة عليه وهو زيادة الضرر وهو زيادة ضرر التشقيص بأن أخذ الملك منه وضرر
وضرر التشقيص زائد على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا
وقوله ولا فرق في هذا أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بين أن يكون قبل قبض المشتري الدار وبعده في قوله
هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري قال روي عنهم أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض
لأن التملك يقع على البائع فيتفرق عليه الصفقة ولكن يأخذ نصيب أحدهم بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد
أخذ منه جميع ملكه وقوله غير أنه لا يمكن المشتريين يعني أن أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن لم يكن له قبض نصيبه من الدار
حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لأن الحرم في هذا التفريق الصفقة لأن الثمن يتجزأ
لو تفرقت الصفقة ابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة
كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ولو لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما
بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف
الذي صار للمشتري أو يترك وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة
بحكم أو بغير لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض
ليعيد الدار إلى البائع وإن كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فإن للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فإنه
لم يجر من المتعاقدين فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع أن ينقض
المبادلة كالبيع وغيره من التصرفات كالهبة وإطلاق الجواب في الكتاب أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف
الذي صار للمشتري يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف
والباقي ظاهر **قال** وتسليم الأب والوصي الشفعة قد ذكرنا أن الحكم والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم
في سببه فيقوم بالطلب والأخذ بعد ما ثبت من شرعًا في استيفاء حقوقه وهو الأب ووصيه ثم الجد أبو الأب ثم وصيه ثم
الوصي الذي نصبه القاضي فإن لم يكن أحد من هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان أو سلموا

الطلب

سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل
بطلت الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل
في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح
التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي عن محمد مع ابي حنيفة يجوز تسليم الوكيل الشفعة خلافا
لابي يوسف لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملك الولي ابطاله كديته وفي بعض النسخ كديته القود والاول يناسب
ما قرن به وهو قوله وعفوه والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له
ولانه شرع لدفع الضرر ففي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف انه في معنى التجارة لانه تمليك الغير فيملكه
بوضحه ان لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعه من بائعه جاز فكذلك اذا اسلمها اليه بالوكيل ولانه دائر بين توجه العهدة
بخلاف البيع منه وفي صحته بقوله لا بري وهو الاصح وقوله ولانه دائر دليل اخر يتضمن الجواب عن الدية والقود
ان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به
وقوله وسكوته كابطاله لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم احتاج لقوله وسكوته كابطاله لكونه دليل الاعراض
وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها او الغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع يعني
عن خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم
كالاجنبي فيكون الصبي على حجته اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح التسليم منهما
والذي يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما امرا بتسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يرا اذا بيعت
باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابي حنيفة بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا يخرجه عن كونه في معنى التجارة ولهما
ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي احسن
وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف بقوله على رواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة
في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج
النصيب الشايع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة
وقدم الشفعة لان بقاءها على ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع
النصيب الشايع في مكان معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز
والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات
وشرطها ان لا يفوت منفعة القسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان
النبي عليه السلام باشرها في الغنائم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لانه
كانت في ذوات الامثال وفي غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذ عوضا
عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى الافراز هو تعيين حقه وهو الافراز هو
الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان ما ياخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فاخذ مثل الحق
بيقين بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز

فيها ظاهرا لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان ياخذ لانه هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند
غيبة الاخر ولو اشتريا فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذه كل واحد منهما ليس مثل
ما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما وهما المتشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب
احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان
الديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار مؤديا بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة فصل لو قيل كان ينبغي ان
يجوز بالقصد الاولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع
بنصيبه ويمنع عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص حقا فلا اجبار على
غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش
التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط
بالنص قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم. قال رحمه الله وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كما امر وضح الامامية عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة
لانه يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك
من المتقاسمين اجرا لكن الاولى ان لا ياخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها
وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فالذي
لا يتعين على الحاكم من حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا ياخذ وقوله
عدلا مامونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة قوله ولو اصطلحوا
فاقتسموا جاز الا ان يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما ان في القسمة معنى المعاوضة
فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة يعني اذا استاجروا الكيال
ليكيل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله لان الاجر مقابل بالتمييز وانه
لا يتفاوت وتحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب
الملك لا يستوجب كمال الاجر اذا تمم بنفسه فدل على ان الاجر في مقابلة التمييز وهو قد يصعب بالحساب بالنظر الى القليل
وان الحساب يعرف بتفاوت في الانصباء او زيادة دقة فعلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل اسر ويجوز ان يسهل
عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف
حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت بقوله وانه لم يكن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا
بكيله بنصفين فالكل معلوم ان الاجر بقدر الانصباء وهو المعنى لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة في الجواب
وقال اجرة الكيال بعدد عمله سواء كان الكيل للقسمة او لا فالعذر في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير
اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تاكيد وبيان وقوله
وعنه اي عن ابي حنيفة ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال وان احضر الشركاء عند القاضي
اذا احضر الشركاء عند القاضي في ايديهم دار وطلبوا قسمتها فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم

دعوى الشروع او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند
ابي حنيفة وقالا يقسمه باعترافهم وان كان الثاني فيقسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير
عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون بشبهة في الملك ولتهمة في دعواه او المنازع
للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك يتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم
كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا يفيد الا انه
يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة
قضاء على الميت لان التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها بخلاف ما بعد
قالوا لو اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة ينفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة
فان الزيادة للموصى له واذا كانت التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي ما اقر الورثة
او بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض الورثة
ينتصب خصما بان يجعل الحاضر مدعيا والاخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما
للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره لاجل اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث والوصي
المقر بالدين فانه انما يقضى عليهما بالبينة بدين الميت وان كانا مقرين به وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين
في حق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم غير حاضر والمقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة
ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما
في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة نظرا للحاضر والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد
القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده
عنده وبخلاف جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية لما ذكر في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع
وان لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المص
منع يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة واثر كتاب القسمة وعلى لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيموا
البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير
وان يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول ابي حنيفة
خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة
نوعان قسمة يحتاج لملك لتكميل المنفعة وقسمة يحتاج اليها لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه
فتعين قسمة الملك وقسمة الملك يفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال وان حضر وارثان
واقاما البينة اي حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها
القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب قيل قوله في ايديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح
في ايديهما لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض بيد الغائب وقد ذكر بعد هذا في الكتاب ولو كان العقار في يد الوارث
الغائب او شيء منه لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس ولو كان

الغايب

الغائب وصبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبي ليظهر نصيبهما فيما في يد الغير ولا بد من
اقامة البينة في هذه الصورة يعني فيما كان معهم صبي عند ابي حنيفة كما اذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرناه من قبل
يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم
ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشرى وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله ونقضه
بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع
الوارث بها على البائع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها يعني فيما اذا كان العقار
في يد الوارث الغائب او شيء منه وقوله وكما اطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله
هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسمها باقرار الحضور حتى يقوم البينة
على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يدهما وان حضر وارث واحد
لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما فالحاضر ان كان خصما عن نفسه
فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان
الحاضر اثنين والباقي واضح **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم والى ما لا يقسم
بينهما **قال** واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل واحد
بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع منهم احد فان كان الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على الآخر لان القسمة حق لازم
فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد به قوله لما كانت جنسا واحدا اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد
الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين وان كان الثاني بان طلب
صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو ان طلب
صاحب القليل وابى صاحب الكثير قسم وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه
فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر والاصح هو المذكور
في الكتاب اي القدوري وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب
الانصاف من القاضي وايصاله الى المنفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل وان كان الثالث بان كان المشترك
بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي
هذه تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعمل بالظاهر ويقسم العروض اذا كانت
من صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد المقصود
فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا يقع
القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي وقوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر
وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجعل نصيب احد الورثة في الشاة خاصة
ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة
من اصل واحد كالاجانة والقمقم والطست اذا اتخذت صنفا لحقت بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك

الأثواب المتخذة من القطن والكتان إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لأن فيه إتلاف جزء فلا يفعله القاضي فيجبر بعض الشركاء فإن رضيا بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن إلا بأن يدفع أحدهما الأوكس والدراهم لكن مشتركة بينهما عليها القسمة فكانت معاوضة بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين يعني إذا كانت قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوبا والآخر ثوبين وكذا إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب فإنه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لأنه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما تمه معاوضة يحتاج إلى التراضي وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوته أما الرقيق فلأنه إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون مع الرقيق شيء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون فإن كان صحت القسمة في قولهم جميعا على الأظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تبعا له في القسمة وقد يثبت الحكم للشيء تبعا وإن لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا أو إناثا لا يقسم إلا برضاهما وإن كانوا ذكورا وإناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم ولأبي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للأمانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك ففي جمع نصيب كل واحد في واحد إن تشابهت المنافع فلم يكن ذلك قسمة وإفرازا بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فإن قيل لو تزوج امرأة وخالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة يحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكر فإنه لا يحتاج إليه قوله وأما الجواهر إلخ واضح **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى. والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما بتراضيهما على ذلك جاز وكلامه واضح وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما قوله وإذا كانت دور مشتركة ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا يقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في طرف وبعضها في أقصاها لأن المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل بينهما وتتفاوت في معنى السكنى ولكنها التفاوت

دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت في محلة متلازقة تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وأما في الفصول كلها فقولان ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت إلخ وما ذكره واضح إنما خص الخصاف بالذكر لأن هذه المسألة لم يذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي وقوله إجارة منافع الدار بالحانوت أي بمنافع الحانوت لأنه لو جعل نفس الحانوت أجرة بمنافع الدار صح وقوله يعني حرمة الربا هنالك يعني في إجارات الأصل على شبهة المجانسة يعني إن كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة من منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة فإن الجنس لو اتحد كان بيع المنفعة بالمنفعة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا بشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني إن هذه المسألة من أشكل المسائل ويكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال الجنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ويجوز أن يحمل على التوفيق أن يراد بالاختلاف اختلاف الجنس من حيث الذات فلا يجوز القسمة الواحدة وبالاتحاد الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الإجارة لشبهة الربا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فتتبع الموصوف وجواز أصل القسمة الذي هو الموصوف **قال** وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه إذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه أي يكتب على الكاغد أن فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه أو يرفع تلك الكاغد إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة إذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه إن أمكن ذلك ليقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث إلخ يعني ثم يلقب السهام ويكتب أساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا إلخ قال الإمام حميد الدين صورته أرض بين جماعة لأحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها جعلها ستة أسهم ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول وإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول والذان يليانه وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب القلوب جواب عن الاستحسان والقياس يأباها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين القرعة ولكن تركنا ما ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله إلى يومنا هذا من غير نكير وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة

مع الاجنبي في ممر الى نفسه صح علمه بكونه حق لها لكون خالتها عنده تطيبا لقلوبهم قال ولا يدخل في القسمة الدراهم
جماعة في ايديهم عقار طلبوا قسمته وفي احد الجانبين فضل فان اراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم واخر ابى ان يرضى بذلك
لم يدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل الذي
بالقسمة لان احدهما يصل الى غير العقار وهو الدراهم الاخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه الرجل في الحال وما
لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في
الممسوحات ثم يرد ما وقع البناء في نصيبه او ان كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم
في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم على تسمية الصدر وضرورة التي تنتج ويحمل الى ان يرد على شريكه بمقابلة
البناء ما يساويه في العرصة فان لم يقف على قيمة البناء فخ برد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر
فلا يترك الاصل الا لها وعن ابي يوسف رواية الاصل انه قال فيه يقسم الدار مزارعة ولا يجعل احدهما على الآخر
فضل في الدراهم وغيره والذي في بعض الشروح قولهما فان قسم بينهم بغير ان قسم القاضي الدار المشتركة بين الشريكين الواحد
مسيل الماء في نصيب الآخر وطريق فالخ اما على صرف ذلك عنه ولا فان لم يكن فليس لهذا ان يستطرق ويسيل في
نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه لما لم تتحقق معنى القسمة وهو الافراز والقسم غير مفرز
بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غير فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف
البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء من التعلق عليه غير مفرز فلا يدخل
الا بالشرط وان فرز عن فاما ان شرط ذلك في القسمة او لا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر
وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا وارضا ولا يتميز المشتري من الاستطراق ولا من تسييل
الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى نخلا
صغيرا واما القسمة فانها التمليك للمنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاصل يدخل فيها لان القسمة تمليك النصف
وذلك بالطريق والمسيل يدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرناه فما
لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا او افرازا والحقوق بالنظر الى التكميل يدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز
لا تدخل وان ذكرت لان في خروجها بيانا في الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان
بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل
من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم فرفع البعض لان يتخذ طريقا مشتركا بينهم يقسم الكل وقال
بعضهم بل نرفع ينظر القاضي فيما بينهم ان كان بينهم فكل واحد طريق يفتح في نصيبه فتم القاسم غير طريق يترك الحاجة
لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريق بين جماعتهم لم يتحقق تكميل المنفعة
فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار ما ذكرنا في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق كما
في عرض الباب الاعظم وطوله من الارض الى السماء وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة
تندفع به فلا فايدة في جعله عرضا من ذلك وفايدة قسمتها وراء طول الباب من الارض الى السماء لي احد الشركاء اذا

اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم
فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب منع من ذلك لانه قد طرأ عليه مشترك بينهم فصار بانيا
على الهواء المشترك وهو لا يجوز في غير ما في الشركاء وان كان المقسوم ارضا بين فرغ من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور
واحمل لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر ثور ان معا وان احتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه
يحتاج الى العجلة فيورث الاختلاف كذا في النهاية وباقي كلامه واضح قال واذا كان سفل لاحدهما
صورة المسئلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لاخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لاخر وبيت كامل مشترك
بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن نرى ايضا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة واتفقا على ان ذلك ليس الا قال
تقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة واذا ظهر ذلك فلعلماء
علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في الممزوج
لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتها سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة
احدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعليه من الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر
واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف المشايخ في كيفية القسمة بالذرع
فقال ابو حنيفة ذراع من سفل ذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع لاختلف المشايخ بان تبين هذا
الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استويا فهو
مبني فقهي فقال بعضهم اجاب كل واحد على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة
في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة
السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل
مبناه مبني فقهي ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بصعفه لانها تبقى بعد فوت العلو
دون العكس ولان السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير لان الكنة البناء على علو الارض
صاحب السفل فيعتبر ذراعا من ذراع من السفل وقال ابو يوسف ان المقصود اصل السكنى ومما يتساويان فيه
والمنفعتان متماثلتان لان كلا واحد منهما ان فعل الا يضر بالآخر على اصله ويحمل ان المنفعة تختلف باختلاف
الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في
مسئلة الكتاب ان يجعل تقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل الا ان
العلو عندنا مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من علو الكامل في مقابلة ستة من العلو المجرد وثلثة
وثلثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل تقابلة مائة
ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلث ذراع من البيت الكامل الا علو مثل نصف سفله فستة وستون
وثلثان من سفل الكامل تقابلة ستة من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من العلو الكامل في مقابلة
وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله
واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي هذا صاحبي وشهد الفاسمان قبلت شهادتهما وذكر القدوري

ولم يذكر خلافا وكانه اختار قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله لان اداء الثمن لا يصلح مشهودا به لما انه غير
لازم قبل ان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كانت بالقاضي ونائبه بتقسيم
فليس لبعض الشركاء ان يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب
ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعدها فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في
دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر قوله ومن ادعى احدهما الغلط في
القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة
لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد
نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانه لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف
لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا يتحالف لوجود التناقض في دعواه قال المص
ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه بانه اقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن
قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله واليه اشار من بعد يعني بقوله وان قال اصابني الى موضع كذا
فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل ما
بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع وقد ذكر الاشارة ان بين الحكمين تدر حين في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ٢
ولا سبب لهذا سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا يقبل دعواه اصلا ولو قال
قد استوفيت حقي واخذت بعضه وجحد اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر
ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه الا ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت
الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت
القسمة بقضاء القاضي فسخت لان تصرفه لم يوجد بشرط العدل ولم يجعل وان كانت بالتراضي ذكر
محمد وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع
ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اذا البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل
ان يقول تسمع هذه الدعوى لان التعادل شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة
فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها واختار الشهيد حسام الدين ان كان يأخذ بالقول الاول
وهو مختار المص وبعض المشايخ كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله ولو اقتسما دارا هو عين مسئلة اول الباب لكن
اعادها لزيادة بيان وتعليل ما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
قوله وكذا اختلفا في الحدود قيل صورته دار اقتسماها حالا ان فاصاب احدهما جانبا منه وفي طرفه حد بيت في يد ادام
صاحبه واصاب الاخر جانبا وفي طرفه حد بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل ٢
في حده فان اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج تترجح
على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق ولذا استحق

١٢ بعض نصيب احدهما فهنا ثلاثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع في النصيبين و
استحقاق بعض شائع في احد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ
عند ابي حنيفة ولكن يخير ان شاء رجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف
تفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة
اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان يكون قيمة الدار الفا وستمائة درهم
وقيمة الثلث المقدم ثمانمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعند ابي حنيفة ان شاء نقض القسمة
دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو
ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد
كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الف ومائتين قال المص ذكر الاختلاف
يعني القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والاختلاف في استحقاق بعض بعينه من نصيب
احدهما قال صاحب النهاية وصنفه حيث عزاه الى الاسرار وقعت سهوا من الكاتب لان المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع
وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرار لفظ الشائع غير مرة واقول فيه قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه
ايضا نظر لان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تنقض في ذلك الحد ان يكون قوله بعينه
متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وح يكون الاختلاف في
الشائع لا في المعين لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة وهو صحيح في
المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه تعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين
انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الاخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في
نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض عين بقي الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من
الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب
احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان دار بين ثلثة
النصف المقدم منها مشترك بين ثلثة نفر والنصف المقدم من النصف لواحد منهم والنصف الاخر بين اثنين
على السوية والنصف المؤخر بين الاثنين على السوية ايضا فاقتسما الاثنان على ان يأخذ احدهما نصيبهما من
المقدم والاخر من المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق البيت المعين في عدم انتفاء
معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هنا
فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس قوله
وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه قوله ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما
لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط الخيار
ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند ابي

يوسف

مافي يد صاحبه بينهما انصافا ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقي
بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينتقض البيع لانه بناء على القسمة
الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت
في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول
الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة
ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك
للورثة حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين
غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض
القسمة الى ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تجوز جميعها
سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة
وقالت الورثة نحن نقضي حقه فان القسمة تنقض لان حق الوارث والموصى له لاحق في عين التركة فلا ينتقل
الى مال اخر الا برضاهما وعلى من ادعى الدين احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح
لان الدين يتعلق بالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين
يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص تنافيه قضه
ولقائل ان يقول لم لا يكون دعوى باطلة لعدم التناقض فلكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض
القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم يكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض
وهي المهاياة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها ولخال ان الترجمة بالباب اولى لان الاحكام في باب
دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منها لكنها باب من القسمة ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب
القسمة وفيه ما فيه والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا
وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها
الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة
المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته
لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر
الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره ولم
يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي
لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة ولا يبطل التهايؤ
بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقضت لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض

ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في التي
والتهايؤ في هذا الوجه هو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب اخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة
لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الاخر
ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قوله
ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه
وحدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي
وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انه تهايؤ ما لم يشترط
الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما
جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا وقد
يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه تعطف على صورة الافراز وكان معلوما فان كانت المهاياة في الجنس الواحد
والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما
بهذه المهاياة فاذا طلبها احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل جبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها
لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح
لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما
هو مبادلة من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه
حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان
اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في
محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والاخر يطلب ان يسكن جميع الدار
شهرا وصاحبه شهرا اخر امرهما القاضي ان يتفقا لان لكل واحد منهما مزية فلا يترجح احدهما فان التهايؤ في
المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الاخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع
بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا
للتهمة قوله ولو تهايئا في العبدين واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه
قوله وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ وقوله والاصح انه يقسم عنده
ايضا قال الكرخي يعني قول ابي حنيفة ان الرقيق لا يقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا يجوز القسمة
في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وجه التهايؤ قوله
في الاصول بلا تاويل وقوله ولو تهايئا فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال
في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله فيفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال
والظاهر ان عليه في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو كانت
الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات

انه لا يجوز لان قسمة المنفعة بعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدابتين لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله
والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت
في اعيان الرقيق اكثر منه لتغير التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذق ولباقة
يحصل في الشهر الواحد من الغلتين الانقص على الاخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال
العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة
في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز
بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة
جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد من ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة لقائل
ان يقول علل جواز التهايؤ بقوله قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة
وفي ذلك تردد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور قبل تتمة هذا
التعليل لا علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان يجعل كل واحد منهما علة مستقلة وقوله وان
التهايؤ وهو لا يبطل القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله ان الاعتبار
بقسمة الاعيان الخ وقوله ولو كان نخلا او شجرا الخ واضح والله اعلم ٢

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف معناها لغة وشريعة
فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيتها مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة
انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم تجز اصلا او عند عدم التسمية كانت فاسدة بالاجماع
وقالا هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في
الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو كل الحيوان
فيضاف اليه وذلك لان ما كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة ما روي انه
عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله
فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان والاجر مجهول على تقدير وجود
الخارج فانه لا يعلم نصيبه الثلث والربع فيبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر ومعدوم على تقدير عدم
الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض
وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز لانه عليه السلام ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين المدة
معلومة وقد اجمعوا ان عقد المزارعة لا تصح الا ببيان مدة معلومة وهو في خراج المقاسمة بطريق المن والصلح
جائز بلا بيان الحديث حجة لمجوزها وترك العمل بالقياس على المضاربة لظهور فساده من شرطه ان تتعدى الحكم
الشرعي الى فرع هو نظيره وهو ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة وقوله
وهذا فسد عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض

قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب
عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا
الى الامر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ وقوله الا ان الفتوى على
قولهما واضح وقوله ببيان المدة بان يبين مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا تتمكن فيها من الزراعة فسدت
المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت
وقوله لانه اي لان عقد الاجارة عقد على منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل
يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اي
المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض يعني الاول
العامل يستأجر الارض وفي الثاني رب الارض مستاجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله فما يقطع من الشركة
كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج بقي اجارة محضة والقياس يابي جواز الاجارة
المحضة باجر معدوم وقوله بيان جنس الخ ليصح القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد
من بيانه ليعلم الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج بذلك العمل
كثيرا وفي الاستحسان لا يلزم بيان ما يزرعه في الارض لم يشترط فوض الراي الى المزارع او لم يفوض بعد ان نص على المزارعة
فانه مفوض اليه **قال** وهي عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة اشياء الارض والبذر والعمل ٢
والبقر والحالة التي لا يكون الجميع لاحدهما ولا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء ولا بد لكل من احد الجانبين
شيء عليه تتصور الشركة فتعين الثاني وهو ان لا يكون بينهما بالتنصيف وباثبات الاكثر والاقل على وجه على ما هو المذكور
في المختصر ان تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر وهو الوجه الاول في الكتاب وان تكون الارض والبقر لواحد
والبذر والعمل لاخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني ايضا على وجهين احدهما ان تكون الارض لواحد والباقي لاخر وهو
الوجه الثاني والاخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لاخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد
مذكور في الكتاب وهو واضح والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا وعلم من هذا
جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض
او منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي ان لا يجوز في الارض والعامل
ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس ولم يرد النص فيما دون البذر والبقر اما في الارض فانه صح ان النبي عليه السلام وتعامل
الناس فانهم تعاملوا في اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستاجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل ففعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل فانهم كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان مستاجرا للعامل بذلك ٢
فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض او العامل
ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض او العامل بذلك لكونه
الاصل وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الاخر او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور
اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامهم وهو ان ما صدر عن القوة الحيوانية فهو جنس واحد وما صدر عن

فهو جنس آخر وإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط
على أحدهما شيئين متجانسين فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار يجعل
كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل وكذلك الوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض
والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فهو باطل لأن المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون
أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فإن الأشرف والأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع وروي
عن غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه على رب الأرض جاز فكذا إذا شرط البقر وحده وصار
كجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البقر إذا اجتمع مع الأرض استتبعه المجانس وضعف جهة البقر
معهما فكان استئجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم يستتبعه ولكن في جانب الآخر فكان في كل من
الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل أن يقول استئجار الأرض
والعامل منصوص عليه جوزه الآخرين فكان أن يصح ويلزم الحكم وقوله كل ذلك يخلق لسلامة مدخل له في التعليل
ولما ذكره لأنهما أضاف منفعة الأرض التي هي قوة في طبعها تؤثر أن ينسب إلى العمل بالطبيعة فمنع ذلك وبينا
وجهان آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وتقرر ذكر المص وجه ذلك ويبقى عليه إشكال وهو أن صاحب الأرض
لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه أجر مثل الأرض وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارت
مسلمة إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك إن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في
البناء بأمره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر المثل في الوجهين وثم وجه آخر لم يذكره جميعا ويكون يشترك أربعة
على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي
عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله عليه السلام فألغى رسول الله عليه السلام صاحب الأرض
وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر
فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحد من مقصود ... والخارج لصاحب البذر لأنه نماء
بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل
كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل قال ولا تصح
المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث
بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو في الأصل هذا أن كل ما كان وجوده شرط الجواز فعدمه مانع عنه
لأن الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فإذا انتفى
انتفت قوله وصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية والخراج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مسماة بحسب
الخارج أو قفزانا معلومة وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا كالثلث أو الربع فإنه لا يفسد
المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم
يسقى منه الأرض والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما
لم ينص عليه المتعاقدان فإن العرف عين ما بين الحدين التي يكون بينهما التصغير وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله

والتبع

والتبع يقوم بشرط الأصل يعني لما كان الأصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه فصلا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما
أيضا تبعا للأصل وإن لم يذكراه لفائدة الشركة فكان بمعناه والتبع يتصف بصفة الأصل وقوله لأنه حكم العقد يعني لو سكتا
عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لأنه موجب العقد فإذا نصا عليه كانا مصرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد
فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما إذا شرط التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه لم يكن بالشرط لأنه ليس حكم العقد
وذلك شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة
فاسدة قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة فإن كانت صحيحة
فأما إن أخرجت الأرض شيئا أو لم تخرج فإن أخرجت فالخارج على الشرط لصحة الالتزام فإن العقد إذا كان صحيحا يجب فيه
المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وإن لم تخرج فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة يعني الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فإن
قيل كانت الأرض إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة أجاب بقوله وإن كانت الأرض إجارة فالأجر مسمى وقد فات فلا يستحق
غيره واستشكل بما استأجر رجلا بعين فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله
لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم وأجيب بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع
قبض البذر الذي تفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه والأجر ثم العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير
شيء فكذا هاهنا وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن يخرج الأرض وأن لا يخرج في وجوب أجر المثل للعامل لأنه في الذمة والذمة
لا تفوت بعدم الخارج فإن أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه والاستحقاق للآخر فيه بالتسمية
وقد فسدت وإن كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لأنه رضي بسقوط الزيادة
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها
إذ لا مثل لها قال المص وقد مر في الإجارات قال صاحب النهاية في هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لأنه ذكر في باب
الإجارة الفاسدة في كتاب الإجارات في مسألة ما إذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز
بالأجر قفيزا لأنهما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث
يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد
لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ في الإجارات الفاسدة كما قولهما إلا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر هاهنا وقال محمد له أجر مثله
بالغا ما بلغ إلى أن قال وقد مر في الإجارات وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغا
ما بلغ وليس كذلك وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج فحق
حوالته بلا تغيير وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب
ردها وقد تعذر فيصار إلى المثل ولا مثل لها فيجب قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف
المار ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح لأن للبقر مدخلا
في الإجارة بجواز أن يعقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة معنى فيعقد المزارعة عليه فاسدا وجب أجر المثل وقوله
هو الصحيح احتراز عن تأويل بعض أصحابنا القول لمحمد في الأصل لصاحب الأرض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر
المراد به أنه يجب أجر مثل الأرض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا

ولا فاسدا او وجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله وان استحق رب الارض الى قوله
واضح خلا انه يحتاج الى الفرق بين خبث تمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل لم
يوجب ذلك وفي كلام المص اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليها
ما جرت به العادة لحصاطا بالغا فكان الخبث شرا له فاورث وجوب التصدق وعمل العامل هو القاء البذر
وفتح الجدول او الري ثم ذلك التابت يحصل حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطرت
السماء فكان ما تمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك **قال** واذا عقدت المزارعة في هذا
بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غيره وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم
من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته
فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن
استاجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه
بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر ينفسخ به الاجارة
كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء له الا ببيع الارض فينفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض
والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان الاعمال انما تتقوم بالعقد وهو لا يتقوم الا بالعقد
والعقد قوم بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره
في الاستعمال وان مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد تقدم الوجه
في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل
بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفيه الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد
فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثته قلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي وكذا
اشار المص بقوله فلو كان دفعها ثلث سنين فلما ... واعلم انه اراد بقوله وان مات احد المتعاقدين بعد الزرع وان الذي
يكون تبطل به يكون فيما ليس لم يفصل بين ما نبت الزرع ولم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت
الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة
ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع
ولا شيء للعامل بمقابلة اعمال الماسبق كر بعينه ... واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله احتاج
صاحب الارض لحوجه الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية
الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات
والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد
وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب يعني
التعليل انما يصح لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وذلك لان
البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستاجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى

عمل العامل غير عقد ولانه متعقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض
مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض
باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما تتقوم على
رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل
العامل متصور في صور ثلث الاول اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه والثاني اذا
فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال
حق المزارع وفي التاخير ابطال ضرر بالغرماء لكن التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في
الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المص الصورة الثالثة وهي ما
اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه
اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكانه
بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة
ارض الصبي ولا يملكان استهلاك الصبي فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المص ولم يذكره لان البذر ان
كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية **قال**
واذا انقضت مدة المزارعة اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان على المزارع اجر مثل
نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة
لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك
ولا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد
كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ونحو ذلك اي نحو ما ذكرنا ان العامل
يقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان تبقيها بلا اجر تضرر رب الارض فتبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين
والعمل عليهما لما ذكرنا في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك
في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما
بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره لانه ليس هو مضطر الحياء حقه فلا يوصف بالتبرع
لان يمكنه من الاستيذان من القاضي بيع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه
من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك كان له ذلك وتخير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة في الكتاب
فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض بامتناع الصرف فينبغي ان يجبر على
ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه
وباجر المثل يرجع عليه بخلاف المزارع فانه يرجع على نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع
لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي
جائز وقوله وبالمال على الخيارات المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة يرجع بكلها لان العمل على العامل

مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال وكذا اجرة الحصاد
والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية
تمييز الحب من التبن بالريح وكان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك فربما كان
يتوهم اختصاصها بذلك فقال المص وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك
بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين مفسد لانه
شرط لا تقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها
وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها والا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه
الى البيدر اذا شرط شئ منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انها اذا شرطت على
العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا والحاصل جعل الاعمال ثلثة ما كان
قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد
القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وهما ليسا من اعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك
وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر وكان التدبير في ملكه اليه خاصة
والمعاملة وقياس هذا ان المساقاة ايضا على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك معناه مشترك بعد القسمة باعتبار
المكان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد لو كان معينا في قرية يقال له مشترك

في القرية

كتاب المساقات

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود
الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا ان اعتراض هو جيز صوبت ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما
شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة
والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى
من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط
التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة كالمزارعة وبه اخذ زفر وجائزة عند ابي يوسف ومحمد
وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون بين النخيل والكرم
في ارض بيضاء تسقي بماء النخيل فيأمر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح
والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحاقها بالمضاربة فجازت
منفكة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة قد انتهى
جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله تعالى منه فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه
بمنزلة معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذلك بمنزلة ذكر وقت معين
والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله وهو ساقط على ان
نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معناه حتى
يذهب اصولها او ينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه

اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك
المص في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر
دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان مجهولا وقوله لا تخرج
الثمر فيها اي في الوقت المسمى تاويل المدة قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما يجري فيه
المساقاة وما لا يجري فيه وخصص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر وهو حديث خيبر وكان في النخيل والكرم ولنا ان
الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم والمراد بخبر خيبر خصهما لان اهلها يعملون في الاشجار
والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله فانه ابي عنده وسع الذي يرى
التعليل بالعلة القاصرة بكل وصف قام الدليل المميز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوز بالعلة
القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول على ما عرف في اصول الفقه وقوله وليس لصاحب
الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكر في المزارعة بقوله واذا عقدت المزارعة
فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف
المزارعة فان صاحب البذر يتضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم تكن لازمة من جهته ان عند صاحب الكرم لحوق دين
فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم فهو عذر العامل للارض وقوله ولم يرد به الشرع لانها تجوز بالاثر فيما يكون
اجر العامل بعض الخارج وقوله واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه حتى
الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه واما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب
الارض وبين العامل نصفين ان شرطا انصافا فالاصل ان صاحب الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت
احد المتعاقدين والباقي واضح على ما ذكر نظيره في المزارعة وقوله وهذا خلافه في حق الى حيث عما يقال كان الموت
الخيار وقد ثبت والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بسر اخضر هذا في الاول يعني صورة
الموت سوى والعامل بالخيار ان شاء عمل على ما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره وفي خبر الاجر بين الخيار
الثلاثة بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على
العامل ههنا المذكور في الكتاب وهو واضح قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقاة تفسخ
بالاعذار لما بينا في الاجارات ثم بين ذلك بقوله ولنا انها دفع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض الى اخر ما قدمناه وجوه العذر فيهما اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله نعم وكان يعني في
كون ترك العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم فلا ينفسخ الا بعذر وهو لا
يلحقه به ضرر وهو مسالك كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك العمل كان عذرا اما اذا
دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه واجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة
ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين
لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض
وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف

البستان فكان فاسدًا وتعذر اداء الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا للشجر بل يكون تسليمًا
لقطعة خشبة ولم يكن مشروطًا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس
نصفين فلما لم يكن تسليمها شجرًا وجب قيمتها واجر مثله وانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا تتبعها
بينها وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق اخر ذكره المصنف في كفاية المنتهى وهو شراء
رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم
جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال
المص ومن ابتغى المذكور في البداية اصحها لانه نظير استيجار صباغ ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف
المصبوغ للصباغ في ان الغراس آلة تجعل الارض بها بستانًا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة
متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافًا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة
اتلاف البذر في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه
بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا لكن الشرع احله لان فيه اضرار الحيوان وتمسك
بعض الائمة بهذا اعني بانه باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان
يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد لنفسه وما كان يفعل
ما كان محظورًا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح كا
لظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث
تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويتقدم عليه قبله نظر الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه
الم لهم والذكوة الذبح واصل تركيب الذكاء يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار
بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله والذكوة شرط حل الذبيحة الذبح شرط اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى
الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم استثنى المحرم المذكى فيكون حلالا او المراد بعض ما ذكى والمستثنى
معلول لصفة التي تستثنى منها لكن لما كان الحل ثابتًا بالشرع جعلت شرطًا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص
بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكوة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم
الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في المأكول تثبت به الطهارة في غيره لان الذكوة
تنبئ عن الطهارة ومنها قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها يعني انها اذا يبست رطوبة النجاسة طهرت وطابت
كما ان الذبيحة بالذكوة تطهر وتطيب وهي يعني الذكوة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين واضطرارية
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن قوله والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان البدل لا يتم به بل بالنص
ولم يذكره وقد وجدت من مارس البداية فقال كالبدل عن شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد
اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم غير
المسيح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال وذبيحة المسلم

والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور فلابد
من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم وما استشهد
ان قوله الا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافراد ضم اليه قوله تعالى
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس ذبائحهم طعامهم واستدل بعض على
ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة تحل اكلها
وفيه نظر لان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل لفظ
التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط الذبح من فري
الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا نية منه
لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط
والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل المراد به قوله المذكور وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل المراد به
قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا اليق بذكره في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله
ولانه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس فانه يقول
شهادة الاقلف وذبيحته لا يجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الظاهر وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر
لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله ولا يؤكل ذبيحة
المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه بيان ان اهل الكتاب اذا تمجس فلا يؤكل
ذبيحته قال وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان او اضطرارا
عامدا او ناسيا قال الشافعي يشمل الجواز ومالك يشمل العدم وعلماؤنا فصلوا ان ترك عامدا فالذبيحة ميتة لا
يؤكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي بقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم سوى بين
التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرط الحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة
في باب الصلوة فانها لما كانت شرطا لم يجز صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت
مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكر في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين
حديث عدي بن حاتم على ما نذكر وعن الاستدلال بان الامر الملازمة فانها تقتضي التسوية بين العمد والنسيان
والتسوية بين العمد والنسيان ممنوعة فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلوة والجماع في الاحرام
وههنا لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند ذبح من خوف يروح حيوان من تغير الحال فليست هيئة
مذكرة موجودة ومانع ان يمنع بطلان التالي ايضا على مذهب مالك وعن التنزل بما ذكر في الكتاب يعني ان اقامة
الملة مقام التسمية يتحقق في الناسي وهو معذور ولا يتحقق في حق العامد ولا عذر له واما ما شنع به المص بكون مذهب
الشافعي مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه
النهي مطلقا ومؤكدا بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل
وهو مذهب لا محالة ومذهب الشافعي لانه مذهب عمر والجواب انه غير مجرى على ظاهره ... بمباحث المحاجة وغيره

الانبيا دون تسع الخلاف في الصدر الاول لا نظاير ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج
ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد
دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به
الذكر حال الذبح لا غير وصلته على تدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب
وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل
التخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حالة الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر
كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك
في الصوم لذلك ومجال الكلام في الاية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بيناه من بين ما ذكر
في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
التي والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام حين ساله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا اخر
قال لا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك
التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة
الاختيار يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الالة لان
الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي ويتفرع على ذلك في الكتاب فروع
وهي واضحة قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة وقوله
ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال غير مكسور لا يحرم وقيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال الترتاشي ان خفضه
لم يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدا وان نصبه اختلفوا فيه قال بعضهم على قياس ما روي عن
محمد انه لا يرى الخطا في النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه
لو قدمه او اخره لا باس به ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد به التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين
التكبير ان المامور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قايمات صففن ايديهن وارجلهن وهنا
التكبير بنص الالفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين والفرق لابي حنيفة
بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه
ان المامور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق
واللبة وفي الجامع الصغير فيه بيان ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق
واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو
بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وفي رواية
المبسوط ايضا اتساع ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في
فتاوي اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين

مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال
والعروق التي تقطع في الذكاة والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان واختلف العلماء
في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم والمري وذهب مالك الى اشتراط جميعها وذهب ابو
يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول ابي حنيفة كما ذكره في
القدوري انه قول محمد ايضا وقال الناطفي المشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وذكر عن محمد
انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة واما ابو حنيفة فعنده اذا قطع الثلث ايها كانت وفي نسخة
او جميعها قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت
والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا لورود الامر
بفريها احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على ان المقصود به المحصل بعد زهوق
الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان
الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل
بقطع مجراه واحتج مالك بظاهر دلالة اللفظ وبما تقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلثة فيتناول
المري والودجين وقطع من الثلثة وقطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء
وجوابه سيجيء واحتج ابو يوسف بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الاخر اذ كل منهما مجرى الدم
اما الحلقوم فيخالف المري فان المري مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس وقع في بعض النسخ بالعكس وتبين
بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب مما سيجيء واحتج محمد بان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود
الامر بفريها فالاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل فرد من الاربعة وهو اقرب كما ترى واحتج ابو حنيفة بان الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح
والتوجيه في التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف
بقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب وجواب مالك ان الاوداج جمع دخل
عليه الالف واللام وليس ثمة معهود ينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحته من افراد
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني الاكثر
هو الثلثة فان الاثنين ليسا باقيين كان الاكثر الحاضر باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة راجحا كان
للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا ورجح ما تقدم من ابي يوسف احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز
الذبح بالظفر والقرن والسن الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه واكل الذبيح بها لا باس به وقال
الشافعي هو ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثنى
بالاطلاق عما يجوز الكل فيتناول الحرمة المنزوع والقايم وفوات الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع
فلا يكون ذكوة كغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وروي افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه
يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركناه في غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قطعا عليه

فانهما من الجنس لانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض ومن امعنى قوله
وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا الغرض انهار
الدم بالظفر والسن المنزوع غير مشروع فانه اي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج
الدم فصار كالليطة والمروة والحجر والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر
القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله عليه السلام
لقد اردت ان تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد يكفيه وليس كذلك لان المذبوح
لا يعقل الموت وهو موضع كونه يسوغ او يساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه معرفة الكليات و
نحن فيه من ... والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه فسره المص بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية
الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب وقد بان ان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب
وعروق وهي شرايين واوردة ولحم وليس فيه شيء يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المص الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل
ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة **قال** وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما اضطراري
بدل عن الاختياري فلا يصار اليه الا قبل العجز عن الثاني ومن امثلة ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة
الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليها عند العجز وقال مالك لا يحل الاكل بذكاة الاضطرار في الوجهين يعني
ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا الامر الذي يتبع وان كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
قوله في الكتاب بين التردي وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب
في الابل الاول وفي غيرها الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله يعني في غيرها اي في غير النحر وهو ترك
السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره مثل الحشف المكان كلامه واضح خلا انه اجاب عن الحديث الذي استدل
به بانه لا يصلح للاستدلال لانه روي ذكوة امه بالرفع والنصب وان كان منصوبا فلا اشكال لانه تشبيه وان كان مرفوعا
فكذلك لانه تقديم التشبيه الاوائل عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقدير ذكوة الجنين كما في قوله وعيناك
عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق **فصل** ذكر هذا الفصل عقيب
الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع
ليبني على ذلك قوله كما لا يعيد ويشمل من اوصاف الخبيثة البهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف
فعل الطيور والانتهاب فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد من ذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء
كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب
لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث
جابر انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله عليه السلام
فقال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ
بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث واغرب ... والرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة
والبغاث الا يصيب صغار الطير وضعافها واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب

ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المص الابقع الذي يأكل الجيف وانه
مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند ابي
يوسف قوله وكذا الغداف وهو غراب القيظ لا يؤكل واصل ذلك ان ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون
خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند ابي حنيفة وهو
الاصح لان النبي عليه السلام اكل الدجاجة وهي تخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع
يعني انه ذو ناب وقوله وهو حجة على الشافعي يعني نهي النبي عليه السلام واشار الى انه حجة فان قيل يعارضه حديث
ابن عمر ان النبي عليه السلام سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث
ابن عباس قال اكل الضب على مائدة رسول الله عليه السلام وكان ابو بكر اجيب بان الاصل الحاظر والمبيح اذا تعارضا ترجح
الحاظر على ان المبيح مأول بما قبل التحريم ولا يؤكل لحم الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب ونسب بشر المريسي الى مالك
ونقل ذلك عن مالك تمسكا بما روي عن عائشة انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي
محرما الآية وبحديث غالب بن ابجر قال رسول الله عليه السلام لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك و
والمستدل به لحل الوحشي وهو ضعيف اما الآية فلجواز ان تكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء
المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه اول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرط ان لا يكون الفرع منصوصا
عليه والنص النابي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة
كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكم لا يترك الامتنان على النعم ويتبرك بانه يترك ذكر الحمل عليه فينبغي
ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان ترك الاعلى النعم والاتمام الى الادنى دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك
وقوله هو الاول يعني كون الكراهة التحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة اذا قلت في شيء اكرهه
فما رايك فيه قال التحريم وبني اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم
على ما رويناه عن ابي يوسف قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق
الماء يطفو اذا علا والمراد هو السمك الطافي وهو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع
من السمك والمارماهي كذلك وقوله وهو وقوله والحجة عليه ما رويناه يعني قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان
ودمان الخ وقوله ويتفرع عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى
فانها يؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك اذا ماتت في جب ماء لان ضيق المكان
سبب لموتها وكذلك اذا جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها فذلك وان
كانت لا يؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص
او اكل شيئا القاه في الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس باكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه السلام ما
انحسر عنه الماء فكل وقوله وفي الموت بالحر والبرد روايتان اصحهما انها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كالموت بالقاء
الماء على اليبس والاخرى انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من اسباب الموت في الغالب

وأطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قول محمد
يحل والله اعلم **كتاب الاضحية** اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد
العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء
وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على الاضاحي
بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة
كهدية وهدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح
حيوان مخصوص في وقت مخصوص قربة وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر في اثناء الكلام وسببها الوقت
وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به لان الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون
سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف
السبب الى حكمه يقال يوم الاضحية فكان كقولهم يوم الجمعة وصلاة يوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل
على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلوة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجبت على
الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والغرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى
شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا
يسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط
بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال الغنى ما يتمكن به المرء من اقامتها على قيمة ما يصلح للاضحية ولم
يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر
وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك
وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك
والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الآخر وانما احكامها الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب
بفضل الله تعالى في العقبى **قال** الاضحية واجبة كلامه واضح والجامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف
وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلوة والصوم فانهما يختلفان فيها فان المسافر لحقه المشقة في
ادائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله ومثل
هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله عليه السلام من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول
على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام ترتب المقاتلة بل ان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في
غير الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهو اي الاختصاص بالوجوب لان الذي لم يوجد فيه لا يكون
متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك
الذي لم يجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة ايضا يفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون
على ترك السنة واجيب بان الوجوب افضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله عن الاداء اختص باسباب اي بشرائط
يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد يعرض له السفر قبل ذلك وفي ذلك

مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فان كان
يسقط عنه وجوب التضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله
عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام من قصد التضحية التي هي واجبة كقوله من يقول من اراد
الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة جواب عما استشهدوا بها وقوله على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا فانه قد
ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولد لها فاكل واطعم
وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا
فانها سنة ابيكم ابرهيم عليه السلام وبان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة
واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله
ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا
لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسر وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط
المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله عن الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله لما
روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله كي لا تبين يتولد اي بعد الوقت وقوله لا يجب عن
ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجب
عليه وقوله والاصح ان يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي
ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد وقيل ذلك
يصح في جلد الاضحية من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له الا ان يطعم او يأكل **قال** ويذبح عن كل واحد منهم
شاة كلامه واضح قوله ولكن اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجزئ كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا
بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الاصح احتراز عن قول
بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض
لم يجز الباقي ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وقوله الا انه اذا كان معه شيء من اللحم
والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله لاعتبار البيع
في القسمة بمعنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود المجانسة وقوله وقد لم يكن يعني من يريد الخروج لان المراد به التضحية
لا يتبع التبيع ولمن الموسر يشتري اضحية ثم ابلغها فاشترى مثلها ... وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمتنع
عن بيعها الخ وقوله وما رويناه حجة على مالك والشافعي اشارة الى قوله من ذبح قبل الصلوة فليعد نسكه وقوله واصاب
سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام
بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي حين قدم الكوفة وقوله يجزئه استحسانا يشير الى
انه لا يجوز قياسا لان اعتبار اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز فيه في العبادات يؤخذ بالاحتياط
ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ... في العبد

هو الخروج الى الجبانة وأما قبل الجبانة بعد الاصل وقد صلوا فيضحى قياسا او استحسانا قال ويجوز في
ثلثة ايام كلامه واضح قوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا
يدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع
الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة
النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق لخروج وقتها وانما جازت في الليل لان الليالي تبع للايام
واما الكراهة فلما ذكر في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق
الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية وسنة في اصح قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك
في افضلية الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلانه يحصل بها ثواب الوقت باراقة الدم والتصدق وما الاراقة
قربة يفوت بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع من القربتين افضل ومن الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلوة والطواف
ظاهر فان الطواف في حق الافاقي بمنزلة افضل من صلوة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل
٢ ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان
الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا
ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني عينها او [illegible] وعلى
الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة
اخراجا له عن العهدة كالجمعة يقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما حيث ان قضاء ما وجب عليه
في الاداء بجنس خلاف الجنس في الاداء قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية والاصل
فيه ان العيب الفاحش يمنع واليسير لا يمنع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها والعوراء
اثر في ذلك لانها لا تبصر بعينيها وتحدث من العلف ما يبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال
على ذلك والعرجاء البين عرجها هي التي لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة
على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقى هي التي لا مخ لها اي لا مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضح وقيل
معناه قريب من قولك اي قول الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه كما ترى في قولك الذي هو ان الاكثر من النصف
اذ لنبي اجزاءه بالنسبة الى [illegible] في قولك الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد روايتان
وقد بينتم وتجد ذلك في الكشاف المصنوع في اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا ربي بل التضحية بالابل
جائزة ولا قرن لها والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو ان يضرب
العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله تعينت يعني من الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكوة
فانه اذا انتقص بعد ما وجبت الزكوة فيه تسقط بقدره ولا تضمنه لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان
محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب بخلاف الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع
لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير غيرهما لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعين حيث الذي ذكر من الاصل

يوافق

يوافق ما ذكر شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا الاضحية واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وذكر في المبسوط
ففي ظاهر رواية اصحابنا يجب وروي الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب
ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك
وانما قيل الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تادي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عنده
فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانه حصل بمقدمات الذبح دليل محمد ودليل ابي يوسف ان العيب انما يعتبر
خروج الفعل الذي تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب الذبح الذي وجب بعد العيب فصار بمنزلة ما حصل بعد
اخر قال والاضحية من الابل والبقر والغنم كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة
الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية وقوله لانها من الاصل في التبعية لانه جزء منها ولهذا يتبعها في الرق والحرية
وبيان ان المنفصل المحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الجنين وهو محل له فاعتبرنا قوله
لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية
فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمدنا على ذلك النص ولم يجوز عند اختلافها
لكنا نقول اذا كانت الجهات قربة اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه
ليس في معناه واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بيناه انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي
القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا او لحما فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد
ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير لحما بنية القربة اذا لم يصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية
والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال وياكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان تكون منذورة او لا فان كانت
الثاني فالحكم ما ذكر في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان ياكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق
وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام فكلوا منها وادخروا
والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المعجمة
والمهملة والابزار التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه كالبيع في الحكم الا الاكل والاطعام
فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز وفي الصحيح ما قال شيخ الاسلام ان الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه
جاز روي ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى بالجلد ثوبا فلا باس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الى بدله [illegible]
البدل من حيث القول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد
عقد معاوضة وقوله [illegible] الحديث انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانه سبعين ضعفا
فقال ابو سعيد الخدري هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه السلام لآل محمد خاصة وللمسلمين
عامة وقوله وعليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا وقد ذكر ان يبدل بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا
قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فضاعت فاشترى اخرى يعني لو باع اضحيته واشترى بثمنها
غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها
كله وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان لكل واحد منهما استلفا

لحم أضحية صاحبه وغرم أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لأنه ملكها بسابق الغصب يعني فكانت التضحية واردة على ملكه من يكفي للتضحية إبطال الاستناد نظيره في القائم والتضحية بالإراقة والإراقة قد فاتت لأنها عبارة عن فعل المضحي أصحابنا يقولون الإراقة ليست من المملوك لأنها ليست صفة الشاة ليصح أن يقال بظهر الاستناد فيها أو ابطه فإن الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند إلى وقت الغصب فيكون الإراقة والتضحية واقعة على ملكه

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحد منهما يتحاك من أصل وفرع ترد فيه الكراهية الذي في وقت الأضحية من ليالي أيام النحر في التصرف في الأضحية بجز الصوف وحلب اللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه برد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية من الكتاب حيث جعل لبنه حلالا إنما لا بأس به وأكل لحمه محرم وما يعات لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لأن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله عليه السلام إنما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل إذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لأنه في معناه أي لأن الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لأن كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن التكحل لا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في الحرمات للضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة يشد بها المسمر والثغر ما يجعل تحت ذنب الدابة ولأبي حنيفة أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكي أن هذه المسألة وقعت في دار أبي حنيفة ما تقول فقال إن وضع فمه على الفضة يكره وإلا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان في الإصبع خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر **قال** ومن أرسل أجيرا له مجوسيا كلامه واضح وقوله لأنه إنما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمات الحرمة مرجحة على الحل دائما ولكن برواية الجامع الصغير لأن الهدية فيها أنف الجارية وقوله لما قلنا راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث على يدي هؤلاء وقوله ولا يقبل فيها إلى في العبادات قول المستور وقوله حرجا على من نسبه أنه يجوز القضاء به يعني إن لم يظهر الخصم وظاهر الرواية أصح لأنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فيبقى اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر فيها أي في الفاسق والمستور إذا أخبر بنجاسة الماء أكبر الرأي وقوله ويقبل فيها أي في الديانات قول العبد والحر والأمة لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر إذا كانوا عدولا كما في رواية الأخبار لأنه يلزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه إلى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله ما ذكرناه إشارة إلى الهدية والإذن وقوله فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به يعني حكما لأن في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء ولا يريق ثم أصل الوجه قيل الأصل الطهارة وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأن التحري مجرد ظن ففيه احتمال الخطأ وقوله وهذا منها أي من الديانات الحل والحرمة يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك كالإخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيهما قول العدل في الحل

الأكل والإطعام لأنها حق الله فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل كما إذا أخبر رجل لامرأة عدل أو زوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد فيه من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الحرمة فيها مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فإن قيل قد تقدم قوله لأنه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل فلأن يقبل في الحرمة وهو يدل على أن العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامهما متناقضا أجيب بأن ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لأن المراد ههنا ما كان قصديا **قال** ومن دعي إلى وليمة أو طعام قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله كصلاة الجنازة قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه ترك العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فإن قدر على المنع منعهم وإن لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عليه السلام من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد يشير إلى ما تقدم أنه إنما جاز إذا كان المغني في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لأنه لم يرحل تحت المعصية وأما إذا كان على المائدة فكان قاعدا مع القوم الظالمين وقوله ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء فقوله فوجدت ثم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لأن قال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام إلا الحاصل من اللهو بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي عليه السلام في قوله لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث تأديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وقوله بنص القضيب يعني بخشب الحديث وقوله وهكذا قول أبي حنيفة معطوف على قوله ودلت المسألة والله أعلم

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج إليه **قال** لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله عليه السلام إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والأنثى لكن أن يقول وإنما حل للنساء بحديث آخر فإن قيل الحديث الدال على حله إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه يعمل بدليل الاستعمال من لدن رسول الله من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فإن قيل قوله عليه السلام هذان حرامان إشارة إلى جزئيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس وإن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله وتأليك يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا أغنياء ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا فقال إني أرى عليكم ثياب أهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة للاتكاء وقوله في الجامع كونه نوع تجبر ينبئ أن المستعمل يتطرق به إلى تحصيل ما وعد له في الآخرة منه لكن عينا في تحصيل سبب توصله إليه وقوله لا فصل فيما رويناه يريد به قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور أمتي وقوله

والخز مسدى بالحرير قيل هو اسم ثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجعلته وجوه من المسئلة ثلثة الاول
ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر
الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين
يضاف الى اخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة في عين العدو
لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا
بالنسج والنسج باللحمة وروى هشام عن محمد انه كان يرى باللبس لم نعجب باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه
وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة
كان يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده **قال** ولا يجوز
للرجال التحلي بالذهب • لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور امتي ولا بالفضة
لانه في معناه فان قيل قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من
حرم زينة الله الاية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد
وقوله وقد جاء في اباحة ذلك اثار هو ما روي انه كان لرسول الله خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر
ورسول سطر والله سطر وعن معاذ انه كان خاتمه من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي انقش خاتمك
يا معاذ فهو سيد رسول الله عليه السلام فقال عليه السلام امن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي عليه السلام
من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم كان
في يد عثمان حتى وقع منه في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وقوله
بلفظ الجامع الصغير اداة الحصر يريد ومن الناس من اطلق ومنهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا باس بالعقيق لانه
مبارك تختم به النبي عليه السلام ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه
ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو منصوص عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذان حرامان وقوله ومن الناس من
جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب انه لبس خاتم ذهب فقال كسانيه رسول الله عليه السلام ولان النهي عن استعمال
الفضة والذهب سواء فلما حل التختم بالفضة فليحل بالذهب لكونه نموذجا وجعل العلم في الثوب فكذا في الاخر والجواب انه منسوخ
بحديث ابن عمر ان النبي عليه السلام نهى عن ذلك وروي ان رسول الله عليه السلام اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم
ذهب فرماه رسول الله عليه السلام وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل فص الخاتم الى باطن كفه لانه روي عن
رسول الله عليه السلام هكذا وقوله وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف فمنهم من
ذكر قوله مع ابي حنيفة هكذا ذكره الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كان
عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا مثل في عامة البلدان لرفع الاذى عن الثياب النفيسة
وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات وقوله
لم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في
الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى شجرة الرتم فيشد بعض اغصانه ببعض فاذا

برجع واصابه على تلك الحالة قال الرتم تخبر امراتي وان اصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات لان الليث ذكر
الرتم يعني الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر اذا لم يكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغني
عنك عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب يعني الهذر واللعب

فصل في الوطء والنظر والمس

مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المراة ونظرها اليه ونظر الرجل
الى الرجل ونظر المراة الى المراة والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره
الى من يجوز ان ينظر ونظره الى امة الغير **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان
ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار قوله عليه السلام المراة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع
وهو ما استثني في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه ارفق بالناس قال الله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس بالكحل والخاتم والمراد موضعهما وقوله ولان في ابداء
الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والانك الرصاص وقوله واذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة
لقوله عليه السلام لعلي لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني الثانية ان يبصرها عن شهوة وقوله
ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ان يوفق قاله للمغيرة بن شعبة لما اراد ان يتزوج امراة والخافضة للجارية
كالخاتن للغلام يعني ان الخافضة والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة فهي للرجال ومكرمة
في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش
لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاحتقان جاز للمحتقن النظر الى موضعه **قال**
وينظر الرجل الى الرجل • هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني سعد بن معاذ
المروزي ان السرة احد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم
لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا
التعليل في متن الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والماخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل
الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر فانهم يقولون العورة هي السوءة دون غيرها لقوله تعالى فبدت لهما سوءاتهما والرواية
وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه على العادة قوله
لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة وقوله وقد روى ابو هريرة جواب عن قول الشافعي ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابدى الحسن بن
علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي وقوله وقال عليه السلام الفخذ عورة جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان
الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر قوله لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله وتنظر
المراة الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس من القسم الذي نحن فيه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر
في الاصل حيث جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق
الا يرى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما وان ابا حنيفة جوز

الصلوة في السفينة قاعدا او خوف دوران الراس فيهما غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة
في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية
لم توجد الشهوة في جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبارا لعدم الغلبة فكانت الشهوة في جانبها فقط
والمتحقق في الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد لا محالة قال وتنظر المراة من
المراة ما ينظر الرجل اليه من الرجل هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمراة ان تنظر اليه من المراة
لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما
بينهن متحققة قال صاحب النهاية في الحمام وهذا دليل على انهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض
الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة
قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمراة الى هذا احوج
من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمراة لا تتمكن من ذلك اليه اشار في المبسوط وقوله
كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ما بين سرتها وركبتها وغير ذلك كما سياتي قال المصنف والاول اصح لان نظر الجنس اخف
قال وينظر من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المراة والمسامح في رعاية الترتيب كلام
المصنف ظاهر وقيد بقوله من امته التي تحل له لان امته المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة حكمها حكم الامة الغير في
النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطي فينتفي بانتفائه والكريه هو الحمار الوحشي وخصه
بالذكر لان للاهلي نوع ستر من الاقتاب والتعزيق وقيل هو الاهلي ايضا وقول ابن عمر الاولى ان لا ينظر يعني وقت
الوقاع روي عن ابي يوسف في الامالي قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امراته وهي تمس فرجه ليتحرك عليها
هل ترى بذلك باسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر قال وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم
الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه دون ظهرها وبطنها
وفخذها وقال الشافعي في القديم لا باس بذلك حل حالها الحال في النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت لذلك
لامرأته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وقوله فالاصل
فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية والمراد والله اعلم
مواضع الزينة بذكر الحال وارادة المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء
المتصل اولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه
الى ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع
الزينة اما الراس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك
والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع
الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح
وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيها اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله او سعاه لان
اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا انها بالنكاح فان بعض مشايخنا قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة

سناكا

سنا كالاثر بثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه انما ظهر فيها حرمة لا نوع تاثير ثانيا والاصح انه لا باس
بذلك لما بينا انها الحرمة عليه على التابيد والاوجه ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار حرمة الولد
على المعروف في موضعه ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة
وانتفاء المانع وهو وجود الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها الشهوة استثناء من قوله ولا باس وكلمة فوق في قوله عليه السلام
فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا فكانت كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا
جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لان المسافرة خلوة وقوله فان احتاج الى الاركاب اي اركاب ذوات المحارم والانزال
في ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي عليه السلام كان يقبل راس فاطمة
ويقول اجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الانتفاء عن الشهوة ما امكن قال
وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا اخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاوة اي ضرب علاوتها وهي راسها
بالدرة وقوله خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة وجه ما روي عن ابن عباس
انه قال من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر وتعامل اهل الحرمين ويحكم العامة لما ذكر في
الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها اذا امن ذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ فيه منهم من
قال يحل واعتبرها بنفي المحارم واليه اشار شمس الائمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد في الاركاب
والانزال اعتبر محض الضرورة فيهن يعني التي لا مدفع لها بان في المحارم بمجرد الحاجة اي نفس الحاجة لا الضرورة
وقوله ولا باس بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا في المختصر
واطلق في الجامع الصغير فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا باس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها
وساقها مكشوفين والباقي واضح وقوله وكذا المخنث في الردي من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن
المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله
مع النساء استدلالا بقوله تعالى والتابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء
وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه لاجل ان
شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان قوله تعالى والتابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا
من ابصارهم محكم فناخذ به والى هذا اشار المصنف بقوله فالحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه والطفل
الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء اي لم يطلعوا اي لا يعرفون
العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى
او ما ملكت ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي به قال سعيد اي سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير
في النهاية اطلق اسم السعيد ولم يتعين المنسوب لبيننا والسعيدين والحسن وغيرهما لا يغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا
في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله او نسائهن فلو
حملت هذه الاية على الاماء لزم التكرار واجيب بان الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى او نسائهن وجب ان لا يكون

صل

مراده من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا اشكل على اصل الامة ان تنظر
الى شعرها كالاجنبيات والملك انما يزيد توسعة فلا اقل ان لا يزيد تضييقا واجيب بان المراد من الاول النساء
الاحرار المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس والظاهر ١١
ان المراد بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن يحل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد
من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء وعن الثاني بان حال الامة يقرب من حال الرجل حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل انه
يباح لها التكشف بين يديها وكم يزل عنه الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق من اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء
والباقي واضح **فصل في الاستبراء وغيره** اخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء معقب والمقيد بعد المطلق
يقال استبراء الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل والكلام فيه يقع على ثلث مراحل لانه كانت بعد وقعة النبي
الاستبراء وتجري فيه سببه وعلته وحكمه اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن
ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة ووجه الاستدلال انه عليه السلام نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود
الملك المطلق لدواعي المكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص واما علته فهي ارادة الوطء فانه لا يحل الا في محل فارغ فيجب معرفة فراغه واما حكمته فهو التعرف
عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه
بماء محترم بان لا يكون من زنا ولما تعلق بذلك وجب ان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل
وطؤها حملا للحال على الصلاح اما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه واما العلة فهنا فكذلك لان
الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لا بعض من يستحدث الملك فلا بد بذلك من ادارة الحكم على دليل الارادة وهو التمكن
من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا
وعدما تيسيرا ثم لما ثبت في المسبية تعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع
بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت بدلا فيها فان قيل الموجب هو العلة في المسبية على خلاف القياس
لتحقق المطلق كما ذكرتم تعدى الحكم مقتصرا عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة واذا
ظهر بين انما قلنا وجب على المشتري من مال الصبي من باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى
التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له وطؤها لكونها اخته رضاعا او
وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التي اشترى
في اثنائها وقال ابو يوسف يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة وبالتي حصلت بعد الاستحداث من سبب
الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدهما اي بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان
السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وبعضه واضح وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء اعني الآبقة يعني التي ابقت في دار الاسلام
ثم رجعت اليه ولا اذا ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه وكذلك عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوها فلم
يحدث له الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء انتهى وقوله وحرم الدواعي لافضائها الى الوطء كما اذا ظاهر

من امرأته فانه حرم وطؤها وحرم دواعيه لافضائها اليه وقوله ولم يذكر الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن
محمد انها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي
في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي
كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم
انتفاء المشروط والثاني انما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية لا من الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم
يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة يؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما علم
ولا يبعد ان يكون في الملحق دلالة حكم لدليل آخر يكن الملحق به لعدمه والدليل هنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب
بجهة قبيلة لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران تعا
اعتبرت وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى
قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله وان ارتفع حيضها اي انقطع وهي في اوان الحيض ابطاها
حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة يدل على انه لو كان
لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف الا ان مشايخنا قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلثة
اشهر على ما ذكر في الكتاب وقيل والاول اصح وهو تبين بمضي شهرين او ثلثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم
يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع ويقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض
وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة في ذلك فيمن الحيلة
ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان
على المشتري الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد
بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة ليست في نكاح ولا عدة فلزمه الاستبراء فقوله اذ لم يكن فرجها حلالا
لا يجب الاستبراء الا بالقبض لذلك لان تمكن من الوطء والتمكن منه جزء العلة الا ترى انه تزوج الامة المشتراة و
كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه نزولا للتمكن وقوله كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها
وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك الموكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فالمعتبر
وقت الاستحداث لم يجب بعد ذلك وان وجد السبب **قال** ولا تعرض للظهار ولا يلتبس هذه المسألة ليست
من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير فاستطرد ذكرها لما ان الكلام في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه
المسألة حرمة الدواعي فذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه المسألة من غيره وقوله لان الحيض
يمتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام من كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف
الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف وتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على ان اكثر
الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة على ثلثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل
احديهما فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء كان اشتراهما معا او على التعاقب وان كان
قبل احديهما كان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون

معتبرًا لما الحكم ما ذكر في الكتاب وهو من مسائل علي عملاً بإطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعني قوله وأن تجمعوا بين الأختين والأصل في الأبضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين فلا يحل إلا بنص ولا يعارض بقوله أو ما ملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم لما قال لا يجوز أن يكون المراد الجمع بينهما نكاحًا فلا يتناول محل النزاع لأن النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحًا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئًا فيترجح المحرم والباقي واضح وقوله وكذا الكتابة كالإعتاق كلمة كذا زيد وقوله في سن أي في أنه يحل وطء الأخرى واستشكل ذلك ههنا بالكتابة لأنه لم يخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء عند عجز المكاتب ولم يحل فرجها للعزم وكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فيحل بزوال الحل بالكتابة كما لو زوجها فيحل له وطء الأخرى وقوله ويكره أن يقبل الرجل الخ واضح وعن عطاء أن ابن عباس سئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم الخليل كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلد فيها إبراهيم فنزل ذو القرنين ومشى إلى إبراهيم عليه السلام فسلم على إبراهيم واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور وفق بين الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في إزار واحد فإنه سبب يفضي إليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيمًا للغير وروي أن النبي عليه السلام كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

فصل في البيع

أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللبس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان وهذا [illegible] وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم

قال ولا بأس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الأخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على ما بينا يعني [illegible] مسلمًا أو عبدًا مسلمًا أو كافرًا رجلاً أو امرأة وقوله لما مر من قبل يعني في فصل الأكل والشرب في قوله [illegible] أجير المجوسي [illegible] وبأن خبر الواحد في المعاملات مقبول لغير شرط العدالة دفعًا للحرج وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأنه خبر صحيح لا منازع له فإن قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على ما وصفنا أجيب بأنه يعني بقوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقًا لجواز أن يكون الفاسق ذا مروءة أو وجاهة وقوله لأن أكبر الرأي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو أعظم من هذا في الفروج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل على غيره ليلاً شاهرًا سيفه [illegible] أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بذلك وقوله إلا أن يكون مثلها لا يملك مثل ذلك كدرة في يد فقير لا يملك شيئًا أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فيستحب له أن يتنزه وقوله وإن كان الذي أتاه بها أي بالجارية [illegible] على قوله علم بجاريتها أنها لفلان فإن لم [illegible] بيعها يعني أن الذي أتى بالجارية إذا كان عبدًا أو أمة وقال للآخر وهبها لي مالكها وبعثها إليك للآخر [illegible] يقبلها منه ولا يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لأن المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فلم يظهر له دليل مطلق

للتصرف

للتصرف في حق من أذن له في بيع لا يحل له الشراء وقوله [illegible] وإن لم يكن له رأي لم يشترها [illegible] الحاجر بالراء المهملة أي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو أن امرأة أخبرها ثقة بناء على أن القاطع إذا كان طاريًا والمنازع للمخبر به تقبل قول الواحد فإذا كان [illegible] لا يحتاج إلى غيره وإن لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأي المخبر له وإذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لأن القاطع طارئ فيه والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بأنه قد قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة خبر الواحد فهو مجرد خبر فيه نوع [illegible] عند القبول وهو أن ملك الزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتًا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح

قال وإذا باع المسلم خمرًا الخ كلامه واضح وروي عن محمد أنه قال هذا إذا كان بقضاء أي الاقتضاء بالتراضي فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن [illegible] لكون ذلك بقضائه وقوله ويكره الاحتكار الاحتكار افتعال من حكر أي حبس والمراد به حبس الأقوات متربصًا للغلاء وقوله فإن كان [illegible] مكروه في الوجهين يعني في الإطعام وعدمه وقوله وهو يتعدون عن القيمة تعديًا فاحشًا بأن يبيعوا بضعف القيمة وهو يشتري بخمس [illegible] دفع الضرر عن المسلمين وقوله يرى الحجر لدفع ضرر عام يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس [illegible] من ضرورات الحمل لأن [illegible] قد يوجد بدون الحمل والعكس فلا يكون الحمل مستلزمًا للمعصية وقوله ومن وضع درهمًا عند بقال يأخذ منه ما شاء واضح وكره في لفظ الكتاب استيباه وذلك لأنه غير الوديعة فلا [illegible] بمضمون الوديعة والقرض [illegible] قوله يأخذ منه ما شاء خارجًا مخرج المشروط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئًا فهو وديعة إن هلك لم يضمن شيئًا

مسائل متفرقة

التعشير جعل العشور في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن المراد به نقط المصاحف فيكون دليلاً على كراهة نقط المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث وقال أبو بكر هذا باطل وقيل إنه حث على أن لا يتعلم شيئًا من كتب الله غير القرآن لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني في فصل القراءة من الصلاة وقوله ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني [illegible] في عيادة المجوسي اختلاف المشايخ فمنهم من قال لا بأس به لأنهم من أهل الذمة وهو المروي عن محمد ومنهم من قال هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا تباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح

قال ومن كان في يده لقيط لا أب له ذكر في النهاية قوله لا أب له ليس بشرط [illegible] في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عند أبويها وهبت لها هبة لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز [illegible] صحة قبض الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعًا محضًا كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة [illegible] وجه الولاية وفي وجه العول والنفقة [illegible] بالعقل والتمييز فيثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكر [illegible] لا يكون للتسل لا للتجارة وقوله ولا إجارة الصغار في كراء الشيخ وهو رواية القدوري في بعضها وإجارة الأظآر وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره يناقض قوله وإجارة الصغار [illegible] ومنهم من حمله على الروايتين فالأول على رواية القدوري كما تقدم والثاني على رواية الجامع الصغير [illegible] من غير لفظ الكتاب في لفظ الأظآر كما تقدم ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحقق [illegible] بدليل [illegible] النوع الذي [illegible] وعدم جوازه على ما إذا لم يكن فيه [illegible] وقوله ولا يجوز ذلك للعم

يعني وإن كان في بحره وقوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية لا يحل له اللبن وقوله وقد ذكرناه يعني في باب
إجارة العبد وقوله ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية الراية الغل يجعل في عنقه علامة ويعلم لها أنه آبق قال في النهاية
وأما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا إنما كان يكره ذلك في زمانهم عند قلة الإباق كما في زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق خصوصا
في الهنود وقوله ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي احترز به عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد بإباحته أي بإباحة
التداوي الحديث قال عليه السلام تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء إلا السام والهرم
والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب ثم التوكل بعد ذلك على الله دون الأسباب قال الله تعالى لمريم وهزي
إليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الإسلام وقوله إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم
كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام قيل هذا إذا لم يعلم أن فيه شفاء أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء
آخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله
قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لأنه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة
فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال قال ولا بأس برزق القاضي إذا قلد السلطان رجلا
القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية ولا يشترط ذلك في ابتداء التقليد لأن النبي بعث عتاب بن أسيد
إلى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والأوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه عليه السلام من أي مال رزقه
ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فإن الدواوين وضعت في زمن عمر فقيل إنما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي
أخذ من نصارى نجران من الجزية التي أخذ من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف في نفقة المرأة يعني على قول
محمد يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف لا يجب قياسا على نفقة الزوجة إذا استعجلت نفقة السنة ثم مات
الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافا لأبي يوسف وقوله والعدل أن يسافر المرأة إلى آخره قيل
كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسق وقوله وقد ذكرناه من قبل إشارة إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء
بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم **كتاب إحياء الموات** مناسبة هذا
الكتاب بكتاب الكراهية من حيث أن يكون من مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب في الخصب
في أقوات الأنام وشرعيته بقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له وشروطه تذكر في أثناء الكلام وسببه تعلق
البقاء المقدر كما في غيره وحكمه تملك المحيي ما أحياه قال الموات ما لا ينتفع به من الأراضي سمي به لما لا ينتفع
من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال وصارت سبخة الميت من الحيوان
الذي بطلت منافعه فيسمى مواتا وإحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به وقوله فما كان منها عاديا إلى آخره إنما يفيد
ظاهر لفظه أن يكون منسوبا إلى عاد لأن عادا قد هلك جميع أراضي الموات وليس المراد ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب
وقوله وكان مملوكا في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال بعضهم الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها
فهي كاللقطة وقوله وإذا لم يعرف مالكه يحتمل قول محمد وقوله فيرد الحكم عليه أي على الورثة يرجع حكمه يفهم من قوله
وقوله ثم من أحياه ملكه وقوله وما روياه يحتمل أن يكون إذنا لقوم لا نصب لشرع تقريره أن التصرفات على نوعين كل
نصب الشرع والآخر إذن بالشرع فالأول كقوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلوته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام

من قتل قتيلا فله سلبه أي للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه السلام إذنا لقوم بعينهم فيجوز أن
يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا مواتا فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة مفسر لا يقبله
فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له ليس على التسبب فإن الحكم إذا ترتب على مشتق
دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا بإذن الإمام وقوله عليه السلام ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه
يدل على ذلك وقوله والأصح أن الأول بين عدم الثاني بيانه أن المشايخ اختلفوا في أن إحياء الموات يثبت ملك الاستغلال
أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي إلى الأول قياسا على من جلس في موضع مباح فإن له الانتفاع
فإذا قام عنه وأعرض بطل عنه وعامتهم إلى الثاني استدلالا بالحديث فإنه أضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا
يزول بالترك وللقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لأنه حمله على كونه إذنا
لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وإن كان إذنا لكنه إذن له الإمام كان شرعا لأحد من قال له الإمام من
قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله لتعينها للطرقة لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث صار الباقي
طريقا له فلذا أحياه الرابع فإنما طريقه من حيث للخامس فيكون له فيه طريق قال ويملك الذمي بالإحياء
كما يملكه المسلم والذمي في تملك الإحياء لاستوائهما في السبب والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك
حتى الاستيلاء فإن الكافر يملك كالمسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلم قوله ومن حجر أرضا فيجوز أن يكون من الحجر بفتح
الجيم وسكونه بمعنى الأول إعلام بوضع الحجارة حوله لأنهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني إعلام بحجر الغير عن إحيائها فكان
التحجير إعلاما فلذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره والأصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا
في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا إلى ثلث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف أشار إليه بقوله وهو الصحيح
قيل ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا أحياها إنسان آخر قبل مضي ثلث سنين وأحياه فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول والجواب
ما روي عن عمر ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين فنفى الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف إلى
الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك هو بيان حق التحجير وقوله
غير أن تمام العمارة هو أن يبني للسيل ويرد الماء وقوله في الأخير ومن حفر البئر ورد الخبر وهو ما روي عن رسول الله
عليه السلام قال من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا فهو يحتج وقوله يحتمل حريمها أنها حقيقة يعني عند محمد وردا إلى الحد عند
أبي يوسف وقوله على ما بيناه إشارة إلى قوله وعند محمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة لتحق وقوله إلا بعد
أن يقطعه الإمام يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصصه بها وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله يتحقق حاجتهم
إليها والعطن مناخ الإبل ومبركها وقوله الأربعون من كل الجوانب يعني من كل جانب عشرة أذرع نظام قوله عليه السلام فله
ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته فإنه بظاهره يحتمل الجوانب الأربع والصحيح أنه من كل جانب لأن المقصود من حريم
دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى كيلا يحفر بحريمه أحد أخرى فيتحول إليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة
أذرع من كل جانب فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي جعله أربعين ذراعا من كل جانب يتعين به دفع الضرر
والناضح البعير وقوله ولهما ما روياه يريد به قوله من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل يعني بين
العطن والناضح واعترض بأنه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون فصلا بين العطن والناضح وأجيب بأن ذكر

ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات من الطريق فيكون ذكر العطن ذكر الجميع الانتفاعات
كما في قوله تعالى وذروا البيع قيدن بالبيع لان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون اموال اليتامى
ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امر الاكل فاخرج على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو
يوسف قال حدثنا اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا ولا يدخل عليه
احد بحريمه في مائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد به قوله عليه السلام من حفر بئرا الى آخره من غير تقييد
العطن اولى عنده اي عند ابي حنيفة من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة
ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا وتعميم الاول بان معناه من حفر بئر العطن
فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص ببئر العطن كما يرى ولجيب بان عطف الصفة لبئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان
للحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر والحاجة
بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركه في الناضح لحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا
حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهي ذراع العامة وانما
وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في
كتاب الطهارة من قوله ذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة **قال** ثم ان الذي يحفر في حريمها منع
كلامه واضح وقوله ان يطمه اي يصلحه ويكبسه من باب ... وكرنه في كون العطف للتفسير لان اصلاحه كبسه
وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان تقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة
مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله ويروى حديث بين به ما روي ان رجلا غرس شجرة في
ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة الى جنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي عليه السلام فجعل له ١٢
النبي عليه السلام من الحريم خمسة اذرع واطلق الارض فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه
قوله ومن كان له نهر في ارض غيره ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة
فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة
هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد ان يهدمها ليس له ذلك كان لصاحب النهر منعه
عن ذلك وقال ابو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى
كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام
المصنف ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبئر يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر
كما في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وقوله لان القياس يأباه على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يأبى استحقاق
الحريم في البئر عرفناه بالاثر وكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله والحاجة
الى الحريم فيه اي في البئر حوجا ... الى خلاف القياس فليلحق به دلالة ووجه الالحاق بالدلالة انما
يكون بالاعلى بالادنى او المساوي والامر فيها بخلاف فيرتب كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البئر اعني التقليب

فوق

فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء والاستقاء
لا يكون الا بالحريم فيتعذر الالحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما وقوله وبعض
استحقاقه للحريم عند ابي حنيفة وقوله لما صورته فلا نستوفيها يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة
مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان نقلها لالقاء الطين
وقوله يقضي للذي في يده ما هو مشغول بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكر وقوله والقضاء في موضع
الخلاف اي في مسئلة من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد
على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا
يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما الحريم في يد صاحب النهر باستمساك
الماء وهو واضح وقوله والمانع نقضته جواب عن قولهما وليس للاملاك صاحب الارض نقضه وذكر رواية
الجامع الصغير لانه تبين بها موضع الخلاف وقوله يكن الاحق بهما عليه اي المسناة بتأويل الحريم **فصول**
في مسائل الشرب فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج
اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد
بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر
بالكسر والفتح جانبه وانث ثلث في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود
ان يذكر على لفظ التأنيث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه بست من شوال
الحديث والصوم انما يكون في الايام لا في الليالي ولكن لم يذكر المعدود وهو الايام انثه وقوله عليه السلام
شركاء بين به الاباحة في الماء الذي لم يحرز في الحياض والعيون والآبار والانهار واما الكلاء وهو الساق له
فاما ان ينبت في ارض مملوكة او انبته صاحبها بكري الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس لانه اصل الاباحة
ملكه لانه لا ينبت فان نبت في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج لصاحب الارض ويأذن له بالدخول وان كان الثاني فهو
احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فان اوقد نارا في ارض
له فهو احق بها فلهم ان ينتفعوا بنار من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يعملوا بضوئها واما اذا اراد
ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرزه الموقد لنفسه فبقيت شركته كما هو واضح وقوله ١٣
الا انه تثبت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه
انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في
الارض جميعا يورث الشبهة من الطريق ولجيب بان العمل بالحديث لا ينفي العمل بقوله تعالى هو الذي خلق
لكم الآية ولو لم يحمل العمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل
قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه المخصص فقوله
وقيل للذي يبيع اعتبارا انه ينبغي ان يزرع والمشاجر ذكره في المبسوط وكرهه على ان لا يبيع في مثل هذه الصورة
لان الشفعة لا تضر بصاحب النهر والبئر فاما ما يضر به ويقطع فله ان يمنع ذلك وقوله وهم ان يأخذوا منه اي من

الجدول الصغير عما من وضع للسيئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا ياخذون الماء منه
للوضوء وغسل الثياب لان الشركة يثبت في حق الشفعة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله ان ذلك في الاصح احتراز
عن قول بعض المتاخرين من مشايخ بلخ اذا كانوا الى النهر ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماء
متى دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله بواحد اي بالكلية

فصل في كري الانهار

لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت
مؤنة الكري لم تزل بدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره ووجه الحصر على الثلثة
ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك وعاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات
وسيحون وجيحون ودجلة واما الاخران فقد فصل المص بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها
وقوله لانه يخرج له اي الكري من كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته اي مؤنة من يطيقه
على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل
مؤنته على الاغنياء وقوله وتقابله العوض يعني حصته من الشرب فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام
بالضرر الخاص بل يخلط بين الضرر العام فيجعل ضررا يجب التحمل في اعرامه ويرتفع الضرر الخاص وقوله
خيفة الانبثاق يقال انبثق السيل موضع كذا اي خرقه وشقه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم
والمنفعة تعود اليهم على الخلوص وقيل يجبر الابي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو
قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي وقوله واستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في
النهر الثاني فان من ابى عن اشلد يجبر عليه هناك لان احدى الجنبتين عام والاخرى خاص فيجبر الابي دفعا
للضرر العام عن غيره وقوله ولا يجبر لحق الشفعة جواب عما يقال ان في كري النهر الخاص احياء حق الشفعة للعامة لئن
فيكون في الكري ضرر عام فينبغي ان يجبر الابي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفعة وهو قول بعض المتاخرين
من مشايخنا وفي ظاهر الرواية لا يجبر الابي لحق اهل الشفعة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون
على الكري لحق اهل الشفعة وقوله ومؤنة كري النهر المشترك ظاهر وقوله فلا بد له بانتفاع غيره قال في
النهاية الصواب يقع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما فرغ من بيان مسائل الشرب
ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي
في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول لجهالته
لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان
لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ولم يكن اشجاره في طرفي النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او كان
يدعي رقبة النهر او انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها اذا كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا
اقام ما يقضي له لاثباته بالحجة وقوله وهو لا يعني في الاول وحقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة
كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعيين في الامور المذكورة نظيره اي نظير الاختلاف

في الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فستقيم بتعوده معارض بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء
الذي في النهر والمساواة في اليد يوجب المساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع
بالماء ومن له عشرة قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله
لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر كما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير
سكر وقوله لانه اذا تعذر ذلك يعني ان اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر ان يسكر بما ينكبس به النهر كالطين
ونحوه لان امكنه ان يسكر بلوح او خشب او باب يكون ذلك بعرابهم يمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان تراضى الكل
منهم الشرب الا بالسكر واصطلحوا على شيء يبرا اهل السفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا لان
في السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك الا برضى جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا
فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى عن السكر وهذا معنى قول ابن مسعود اهل اسفل النهر امراء على اهل الاعلى حتى يرووا لان
لهم ان يمنعوا اهل الاعلى عن السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن لزمك طاعته فهو اميرك وقوله والدالية والسانية نظير
الرحى الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يسقى عليه البئر
والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك
يحدثه من يختص في ملك مشترك فلا يملكه الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى
الكوة بفتح البيت والجمع كوى بالمد وكوى بالقصر وتستعار لمفاتيح الماء الى الزرع والجداول فقيل الكوى النهر ومعناه هي
ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه [illegible] في فم النهر وهذا يعني
اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن فم النهر
فيجعلها في وسط النهر ويرتفع فوهة النهر بغير لوح وهي معنى قوله يستفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت ويجعل ذلك
الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني حيث لا يزيد في الشرب ما لم يكن له منه حق ٢
في الشرب وبين الدار من ليس له حق في المرور وقد تقدم ان ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين
واحدا كان له ان يفتح بابا الى الدار الاخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول للشريك اجعل
لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت عن الكوى لها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك لانه
كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية فبعض مدة وربما يضر ذلك
لصاحب السفل وقوله لانه اعارة الا لكل واحد منهما يعير لصاحبه نصيبه من الشرب لان معنى حمل المراضي
عليها اولى فان بيع الشرب ما الشرب وتجارته باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث
ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء للميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعن جعله بعوض
مبيعا لا يستقيم عن جعله ذلك الا يرى ان القصاص والدين والخمر على الارث وان لم يمكن بالبيع ونحو
والوصية اخت الميراث وقوله بحيث احترز عن الايصاء ببيع الشرب كما ذكر والحاصل ان الشرب بغير الارض
لا يملك بشيء من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما
تبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه لان ان كان عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة

الدالية بالتركي دولاب

وقوله الصحيح اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في
ذلك ان يقال للقوم من العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى مثل هذا الشرب وقال بعضهم يضم مثل هذا الشرب الى جريب من الارض
اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى بيع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب
ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل يوم نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك
واختار المص ما ذكره في الكتاب وقوله او نحزها ماء قال في الصحاح نحزت الارض اي سيلت الماء منها وقوله
لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا يضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا يسقى مثله
في العادة فكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جادة تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط
المائل والله اعلم

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى
وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنها ان حرمتها اذا اشتهيت في حسن تحريم مزيل العقل الذي هو ملاك
معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بال الحل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع
الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء
ولعل المعنى المذكور موجود اجيب بان الشهادة بالخيرية تدل على ذلك واما التدريج الضاري لئلا ينفر من الاسلام وسمي
هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال
الاشربة المحرمة اربعة الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد لحصول حقيقة الاسكار
وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به الكافي والشافعي فان ذكره اشارة الى التي من ماء العنب وقوله
في غيره اي واشتهر في غير التي من ماء العنب اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله وان
حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما سوى قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون التي من ماء العنب
خمرا قطعي بالاتفاق فيثبت بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فيكون
الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير التي لتخمره خمرا اي لصيرورته مخامرا للعقل ويقال المخامرة تجوز
عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالني من ماء العنب لجواز ان يكون
المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا كالقارورة مشتقة من القرار ثم استعمل في
الكوز وان وجد فيه القرار ونظائره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى بن معين
انه قال الاحاديث الثلثة ليست ثابتة عن رسول الله عليه السلام احدها قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن
حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اي بيان الحكم
يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وشرب الحد اذ هو اللائق لمنصب الرسالة لكونه بعث
لبيان الشرايع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل يوخذ في حرمة الشرب محرما الا شرب احتياطا يعني في الحد
يوخذ بعدت الزنا احتياطا ايضا وقوله ويكفر مستحلها اي انكار حرمتها لان حرمتها ثبتت بدليل قطعي وكذلك حرمة السكر
منه لانه جحود الكتاب يعني قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر وقوله فهل انتم منتهون فقد ذكر ناد الله

على ذلك في الاشراق شرع مسارقا لانوار على احسن ما يكون فليطالب ثمة وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه
جاء عن النبي عليه السلام في الخمر احاديث كلها يدل على حرمة الخمر وكل واحد منها اخبار بلغ حد التواتر فالقدر المشترك
فيها متواتر كشجاعة علي وجود حاتم ويسمى متواترا بالمعنى وقوله وهذه من خواص الخمر يعني دعا القليل الى
الكثير وقال في المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا تزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة
لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني به ما روي عن ابن عباس من قوله عليه السلام
حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب والما كانت حرمتها لعينها الاصح التعليل يعني المخامرة لتعدي باسمها الى غيرها
وقوله حتى لا يتم سلخها لا يدل على اباحة تناولها وقد اختلفوا فيها وقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح
بان كانت عند شربه خيف عليه العطش او ماذا كان عند صاحبي فالانتفاع لانه يخللها وقوله والتسايع حرمة
الانتفاع بها بريد التداوي بالحقنات وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ
يعني قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث وقوله على ما قالوا اما قال شيخ الاسلام
خواهر زاده قد ذكر محمد انه اذا اشتد بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال فيجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة
فان الخمر لغة هو التي من ماء العنب من التي نبي وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على
قولها الباذق اي سمي العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة
وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة
خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى
والثاني اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو التي من ماء التمر اي الرطب اذا قشر التمر بالرطب لان المتخذ
من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما سنجيء وقوله فهو حرام مكروه اي
الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر وقوله ويدل عليه
ما رويناه من قبل يعني قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والاية محمولة
على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وبناء على تقدير ان يكون المراد بالاية الامتنان
كما قال الخصم وقيل المراد به التوبيخ معناه انتم تسفهاء متكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله وقد
بينا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب وقوله على ما عنده يعني عند ابي حنيفة يجب قيمتها لانها
كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام واورد هذه رواية الجامع الصغير وهي قوله
وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور من الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف لبيان
العموم المذكور في الجامع الصغير لابي حنيفة فيه وقوله وقال فيه يعني في الجامع الصغير قال ولا بأس
بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب اذا خلطا فطبخ بعد ذلك ادنى طبخة وترك الى ان يغلي ويشتد
والمحتج التمر الذي يعتب فيه البرش لجودته وهو قول محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع
من التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت المسلمين ضيق وشدة في امر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك الجار
جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالاخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم ابيح الجمع بين النعمتين وقوله قيل الحد

هو قول الفقيه أبي جعفر وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره قيل ويجوز أن
يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الأشربة ليست متخذة مما هو
أصل الخمر وقيل إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد
مثل قولهما أي مثل قولي أبي حنيفة وأبي يوسف كذا في النوادر ولنا أي لعلمائنا الثلاثة على قول الموافق لمحمد
في بعض النسخ ولهما أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وقوله ولأن المفسد أي للعقل القدح المسكر وهو حرام
عندنا لا ما قبله فإن قيل القدح الأخير لم يسكر على الانفراد بل بما تقدم فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا أجيب بأن
الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكما وفيه نظر لأن الإضافة إلى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة
فالأولى أن يقال الحرام هو المسكر وإطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الأخير حقيقة وهو أحد فلا يكون المجاز
مرادا وقوله وإنما يحرم القليل منه أي من الخمر جواب سؤال مقدر تقريره على مذهب الخصم وهو أن يقال علة الحرمة هو
الإسكار دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل
فيكون حراما قليله وكثيره وهذا أوضح ووجه الجواب على الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقتها
ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطي حكم القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق 12
وهو أوضح وقوله والحديث الأول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين وإن
سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الأخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يترك
اسمه الاختلاف وقع فيه فمنهم من سماه أبو يوسفي ويعقوبي لأن أبا يوسف كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه
بختجا وحميديا قال لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد وهل يشترط الإباحة عندهما بعد ما صب الماء عليه أن يطبخ
اختلف المشايخ فيه والمختار النص وقوله أو يذهب منهما يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب من العصير والماء
معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لأنهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثيه كالماء لكن العلم بتيقن
ذهابهما معا وإن احتمل ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لأنه إذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي
العصير وهو حرام عندنا وهو المأخوذ وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والثبات وقوله وكذا في
بلد في طبخه تحريم روايتين عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه والأكثر المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي
مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول إنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكر في الكتاب
قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء جوز أكثر أهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهي جرار
حمر وخضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحد حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير
وهو الخشبة المنقورة لقوله عليه السلام بعد ما نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر
أمه ولا تقولوا هجرا ونهيتكم عن لحوم الأضاحي أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليتسع به
موسعكم على معسركم ونهيتكم عن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن
إنما ينتبذ فيه بعد ما كان فيه خمر إلا بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الإسلام في مبسوطه إنما نهي عن هذه الأوعية على
الخصوص لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها يعني أصحابها على خطر الوقوع في شرب المحرم

وقوله

قوله وإذا تخللت الخمر يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي إن كان التخليل بإلقاء شيء
فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وإن كان بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه فله قولان وقوله وفي التزويق والنهي في الخمر تتنجس
بلا فائدة لأن الخمر تتنجس لا يفيد الطهارة بعدم ثم يبقى إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على الحل الوجهين ما ذكر في
الكتاب في بابنا قوله عليه السلام نعم الإدام الخل وهو يتناول الخل والتخلل لا محالة ولأن التخليل إصلاح المفسد
صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك وإصلاح المفسد إن لم يكن واجبا فلا أقل من
الإباحة والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للمصالح يجوز أن يكون معناه الخل صالح للمصالح والصالح للمصالح
مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لإعدام الفساد جواب عن قوله لأن في التخليل اقترابا من
الخمر على وجه التمول وتوجيهه أن الاقتراب على جهة التمول بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالإراقة فكان فيها التخليل
أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالا في المآل ومن إظهاره وما تعدم الأمكابرة فإن قيل فما تصنع بقوله عليه السلام
لأبي طلحة حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده وبما روي أنه عليه السلام نهى أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الأول
بأن ذلك في ابتداء التحريم قصدا لهم أن ينتهوا عن الخمر كما حرم الانتباذ في الأوعية المذكورة مع تصريحه بأن الظرف
لا يحرم وتوضيحه أنه عليه السلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ
الدواب كراسي فإن المراد به الاستعمال وبما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم
ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمرونكم وينهونكم وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال
دردي الخمر وغيرها ما يبقى في أسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به لما ذكرنا والامتشاط به لأن له تأثيرا 2
في تحسين الشعر وقوله لما قلنا إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شاربه إلا بجر دردي
إن لم يسكر خلافا للشافعي قال شرب جزء من الخمر فيجب الحد ولنا الخ وأوضح

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليما للإبقاء على حله المدرك بكمال الشرائع وهو عجمي
قوله وإن كان أي بين هذا معا تعلي الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية وكان محمد أعلم أن العصير على نوعين منه ما يصب
فيه الماء ثم يطبخ حتى يذهب الماء أولا ومنه إذا صب فيه الماء يذهب معا فقيل الجواب فيه تفصيلا وحاصله أن الماء
متى كان أسرع ذهابا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وإن كان يذهب معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله
ففي الوجه الأول يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى إلى تسع الجملة قال شيخ الإسلام طريق معرفته
أن تجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دورق عصير على ثلاثة حادث
إلى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم فإذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة
وإذا ذهب بحيث كان لم يكن الماء بقي العصير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب من ستة وبقي اثنان
فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب
عشرون ويبقى عشرة لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا ثلاثة أخماسه
يبقى خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام التثليث فلا بأس بذلك لأنه صار مثلثا بقوة النار فإن
الذي يبقى من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما لو برد قبل العصير

ثلثاه ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه يحل لان الغليان بعدما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة
وحينئذ صار محرما وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الخ قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وهذا لان
الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي تسعة ارطال لم ينصب منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك
في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى
ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فتطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو
رطلان وتسعا رطل وقوله ولها طريق آخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام
ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب
بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل
فاذا اريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال والحرام وكان الذاهب منهما على السواء
فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو جئت زيادة الانكشاف فاجعل
كل رطل تسعة احتياطا لحساب الثلث وثلثة ثلث وهي تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد
اريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة
لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة
البدن وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج والصيد مصدر ويقال للمصيد مفعول وهو حلال وحرام لان الصائد
اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال
اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في
الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب
ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه
وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او بقوائمه
وان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه
تسامح لان من شرائط الاصطياد للاكل بالكلب لا لغير الحاجة التي تبقى بعضه محرما لو تشاغل بعمل آخر يدركه
حيا فانه يحرم وكذا اذا غاب عنه الكلب ثم وجده فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما
الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فانه امر بعد الحظر فيفيد الاباحة وفي قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما
دمتم حرما فانه يدل على الحل لغير المحرم وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر بدله
احل لكم صيد البحر لكان انسب واما السنة فقوله عليه السلام لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب وغيره وهو خلاف لا احد في
اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد منها حيوان ومنها الرمي جماد والفاضل يقدم على
المفضول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي

وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان
ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا ان تعليم الاسد والدب لا يمكن
عادة لانهما لا يمسكان صيدا لا يأكلانه في الحال والتعليم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلمانه بتركه عادة او تعلما والحق التعليم
يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحدأة بالدب لخسته
الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله والاخر فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان
رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز
الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات اي احل لكم
الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران
وهاهنا قد دل لان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح معطوفا به
لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سائغ عن الاعتراض
المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين
وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تأويل لانه في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة والمكلب
يعني المسلط فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما روي عن ابن
عمر ومجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب تمسكا بلفظ مكلبين ولا يترك التصديق على صحة التأويل بعموم حديث
عدي بن حاتم وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم سلط عليه كلبا
من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف يتعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان آية التعليم ترك ما
هو مألوفه عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه يستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب
فالمعتمد هو الاول ولكن يوجد لانا نذكر فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد بالفرق عموما فالمعتمد
هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار قيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة
هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة في جنس التقادير بحوالتها الى رأي المبتلى به وعدم التقدير
وتقريره ما غلب في نزح البئر المعينة وقوله ولانه آية تعلمه عنده اي ترك الاكل علامة تعلمه عند الثالث لانه
انما يحكم بكونه معلما بطريق تعين امساكه الثالث على صاحبه واذا احتمل انه امسكه على صاحبه في الاخير بعد ارسال صاحبه
فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب والبازي الصيد من غير جرح لم يحل واشار
في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تأويل يعني في تأويل غير ما قلناه اولا وهو قوله الجوارح
الكواسب في تأويل وذلك لا يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجوارح الكواسب بمعنى يجمع في معنى الآية بين التأويلين
لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل في النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني بان كان بينهما تناف عمل على احدهما بدليل
يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن
قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب
والجرح الذي يحصل به الجراحة ويكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز

بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطئ وقوله فيه اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين
وقوله رجوعا الى المنا وبل الاول يعني ما سبق من الكواسب وتعليمه وجوابه ما قلنا معنى قوله لا منافاة بينهما وقيل اخذ
باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة اكل الكلب منه يعني حديث عدي بن حاتم
فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب
بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل منه وحين اكل منه دل انه
امسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وقوله
على اختلاف الروايات كما بيناها آنفا ابتداء ان احدهما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثانيا لحي قوله واما الصيود
التي اخذها من قبل واضح وحاصل ذلك ان المحرز الذي لم يؤكل ان ابا حنيفة يحكم بحرمته مستندا وهما يقولان
بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض
باجتهاد مثله بعد المحل ما قال وقبل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثال ذلك
ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل و
الحرمة ولم ينكر ما اذا باع شيئا من صيوده للمقدرة والحكم فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري
على جهالة الكلب وقوله ولو انه صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعدما رجع الى صاحبه لم يؤكل
واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسئلة الوثبة في الكلب الفهد معلومة وطولب
بالفرق بين ما وثب فاخذ صاحبه واكل وبين ما اكل بعدما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه
ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اخذ المتعرض للاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانه اشتهى
منه وهو لحم الجرح فحالاته صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه **قال** وان ادرك المرسل
الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فالنحج الا فاعلم من ذبحه اولا فان ترك ذبحه ولم يذبح
حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحيوة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي و
السهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته
والقدرة على الاصل قبل ذلك يبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه
من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح اولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يؤكل وهو
قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان الغرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء
ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه قدر حقيقة فيعتبر ذلك لاعتبار ان الاسم يثبت بناء على الذبح وهو
قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من وقت والناس يتفاوتون فيه
على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وكان كذلك لا يتاتى
الحكم لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على المذبوح وان لم يكن فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت
عقد ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما
اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس محلا للذبح فلم يثبت اليد على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح

وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الالة لم يؤكل لانه فرط
وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط
فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار فان قيل وضع
المسئلة فيما يكون الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المعتبر الذي
يكون في المذبوح عندهما العدم بكون الصيد في حكم الميت والزايد على ذلك قد لا يسع للذبح فيه فكان عدم التمكن
متصورا او هذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق
الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذبح حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقع
شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هو قول ابي بكر الرازي بين قوليهما اما عند ابي حنيفة فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع
في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رجوعا الى المتردية اي عيانا بها بهذا الذي ذكرنا انه لا يؤكل عنده اذا شق
بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي
بقر اي شق الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه
مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا ان حيوة بينة وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل
اكله لانه لم يكن بموته بالذبح وقال محمد لا ان حيوة بينة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح
فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله
لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو اخذه ولم يذكه ولم يوخذ من المسائل المتقدمة كانت فيما اخذه
الصياد وههنا اخذه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا وقوله واذا ارسل كلبه
على صيد يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل يعني حال اخذه وجد ارساله وقوله ولنا انه شرط غير مفيد
لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا
اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصائد ولو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره
وقوله على ما بيناه يعني في اوايل كتاب الذبايح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا يشترط التسمية عنده
اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب
الحرام الحلال وههنا ثلثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا والثاني ما اشترك فيه
في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث لم يشتركا في شيء لكن الثاني
اشتد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وقد اثر
في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع **قال** وان
ارسل المسلم كلبه فزجره المجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم
كلبه فزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم
اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه وجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو
الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك وهو انه اي ولا زجر

دون الارسال المرتب بداي بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دايما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله ورمى اي جرحه جراحة اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال المرة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بجرح الكلب فاجاب بانه تعذر فعدو ما تقدم ربعه فرجة عفوا وقوله بجرح الكلب الاول يعني تاكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكوته بعد بالذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الالة الحيوانية شرع في بيان حكم الالة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ظبيا مثلا فان تبين ان المسموع حسه ادمي او بقر اهلي او شاة لم يحل الظبي المصاب لان في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى ادمي علما انه فاصاب صيدا فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حس صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا يرى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لانه اي الاصطياد يؤثر في جلده وان فرض منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يوكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد ووقع الفعل اصطيادا او الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم يثبت الاباحة وكذا ان خرج النظر عن كونه اصطيادا مباحا وان قبلها فان كان مما يحل تناوله ثبتت اباحة تناوله كغير السباع من البهايم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده فتثبت ان فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وعدمه تتعلق بالمحل لا بخروجه عن ذلك واذا وقع اصطيادا ان كان انه رمى الى صيد فاصاب غيره وقوله وان تبين انه حس ادمي قد مر بيانه انفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد لان الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا قالوا حسن الزكي ما روي ابي يوسف ان سبع الظبي الموثوق المشدود بالوثاق فهو بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا احال توحش المقصود به بعينه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسائل المذكورة في الكتاب وقوله وفي امر عند الاجل الا بذكوة الاضطرار ذكوة فيها يشير الى ان ما تبين حسه من الصيود من شرطه ان يكون حلال الاكل مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه ادميا او رماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب قلنا انه لم يقصد رمي الادمي في هذه المسئلة قصد رمي الادمي وفي

الآدمي

الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس لما شمول الحل وشمول عدمه وانعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه لما حل المصاب مع ان ظنه بانه ادمي ففيما اذا افترض ظنه بانه صيد اولى ولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب فيما هو لم يحل ثمة او لم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل هناك لذلك اجيب بان الفرق بالمشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى صار سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه لم يتعين صيدا فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو لم يتعين فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا للحقيقة بفعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بيناه يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق وقوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله حتى اصاب اكل وقيد الا اذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير ولما اذا وجده وفيه جراحة اخرى فعلم ان بالجملة ترك الطلب او لم يترك كما سيجي لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والاخر يوجب الحرمة فغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يوكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم يترتب عقيب سببه فيحال به عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال قاتلا وقلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في مثله كالمتحقق لقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته وحين اهدي رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من اين لك هذا فقال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو كذلك قد تحقق الصغر فقال عليه السلام لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله لان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل مثل الاحتمال باق لو كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن تواريه يكون بسبب عمله وهو قوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان رأى فيه اثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا والحجة كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان ما روي عنه عليه السلام من كراهية اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر في قصته انه عليه السلام قال من حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل تخصيص السبب غير معتبر والاحتمال قبل البيتوتة عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قد مر بيانه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يحل محرما اذا لم يقعد عن الطلب **قال** واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وقوله وفي

المغني

مقيدا بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله وكذا السقوط من علو وفي النسخ من علو وهو لغة
في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد
الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل
وبين قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل
من قوله لا يستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة
فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه
وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة تغليظ في المسألة روايتان وبين اي ما نقله
شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق
بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض لم يؤكل وقد ذكرناه في معناه وقوله كما
اذا وقع اي غير ما يمشي في الماء وقوله اصاب المعراض بعرضه المعراض سهم بلا ريش يمضي عرضا فيصيب
بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم يخزق بالزاء المعجمة خزق المعراض اي نفذ
وبالراء المهملة خطاء وقوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل
لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل وقوله مروة حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح به والكهم
يستعمل عقيبه الا اذا كان الحد ثخينا عن ان ذلك ابدانا بانه يتبع في النذر حتى السلو وقوله قيل لا يحل
هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الذبح النحر لم يوجد فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر
الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما
ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال وان رمى صيدا فقطع عضوا منه
من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح يبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو لانه امكن حيوته بعد الابانة وان لم
يكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان
كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكاة الاضطرار
كقطع الرأس في ذكاة الاختيار والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكاة الاضطرار ولنا قوله عليه
السلام ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل
والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني بين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام
الحيوة به واما حكما فلانه يتوهم حيوته بعدما ابانه من العضو ولهذا اي لكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو
وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله وابين بالذكاة ذكره
ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا انه ما ابين بالذكاة يؤكل ولكن الذكاة هنا لا في الفعل وهو ابانة العضو
حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده لان الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا
مات منه ولم يكن على وجه لا يمكن الحيوة بعده وفي هذا الوجه وفيه حيوة فوق ما في المذبوح لانه ذبح عند
زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه لم يكن ذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في فوته تفعل

الحيوة فيذبح فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات عن ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل
يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما يلي
العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث
مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت موته بالجرح بان عندها ذلك وكما اذا ابان الثلث
مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه ووجه لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر قوله ولا يؤكل صيد المجوسي
معناه ما تقدم من غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد قال
ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا
والاول على الوجه فانه اذا رمياه معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصابا فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني
او لا والثاني كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعدها فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم
يثخنه والاول يوجه والوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للاقسام فان رميا معا واصابا
معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله والمعتبر حالة الرمي فانه كان
صيدا حال رميهما فيقع كل واحد منهما ذكاة واصابت الرميتان معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة
١٢ في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه لضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصابه سهم الآخر
فقتله فهو للاول ويحل اكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما
لو رمى شاة ونحن نعتبر الحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل تتحقق ولهذا تعتبر التسمية حال الارسال والآخر
قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر والملك حالة الاتصال لان الملك متصل بالمحل وسهم الاول اخرجه
عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر وان رماه الثاني بعد رمي الاول قبل
ان يصيبه سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا فهو لهما ويحل اكله واما المذكور في الكتاب فقيل
ابعد الصيد بيانه وتشير الى بعض الفاظه تخفى بقوله من الشارح الى قوله ولم يؤكل وقوله وعلى الاول ضمانه يتعلق
من الجراحتين او الثنتين يعني في الزيادات الحيوة يثبت حكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الجراحتين
بها الحظر والاخرى تتعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم ضمان الجنالة وهي ان الاول
ان الموت حصل بالجراحتين العلم بذلك لا يؤكل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب
يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو ذا ليس لا ضمان نقصان الجراحة انما هو
بسبب قبل ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان فيما اذا
كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كذلك يعني لا وفي حكم الضمان
لان الانسان لا يضمن مال نفسه بفعله لنفسه والباقي ظاهر والله اعلم

كتاب الرهن

ووجه مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وسببه
ما ذكرنا غير مرة وشرطه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكورة في الكتاب وسنذكر شيئا فشيئا واما تفسيره
فالرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه اي استيفاء

لحق الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص وما أشبهه وشرعيته بقوله
تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد جمع عبد وبما روي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه
وبالإجماع فإن الأمة اجتمعت على جوازه من غير نكير منكر وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في
طرف الوجوب وتقريره أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لأنه يجب أولا في الذمة ثم يستوفى في المال بعد ذلك ثم
الوثيقة لطرف الوجوب التي تختص بالذمة وهي الكفالة جائزة وكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بطريق الأولى لأن
الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه **قال** الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ركن الرهن الإيجاب وهو
قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب
والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقال الزاهد شيخ الإسلام خواهر زاده الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع وكل ما
هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرتهن من اليد
شيئا عليه ولا نعني بالتبرع إلا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لأنه استوجب عليه
صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله والقبض شرط
اللزوم كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا غير لازم وهو أيضا اختيار شيخ
الإسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن إلا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن
غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن إلا مقبوضا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة
وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد ولا يجوز الرهن إلا مقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لأنه يختص بالمال من
الجانبين فصار كالبيع ولأنه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة وصف
المرهون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فليصم وكما في
قوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليحرر رقبة فيكون تقديره والله أعلم وإن كنتم على سفر ولم تجدوا
كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن برهن لكونه مقبوضا لأنه يحتمل ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن
بالإجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أي بيعوا
فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح بل يصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هنا وفيه بحث من أوجه
الأول ما قيل إن النص جعل الرهان مصدرا أو هو جمع رهن والثاني أنه يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينة الإجماع
فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض والثالث أن القبض إن كان شرط الجواز أو اللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع
والحاجة إلى الدليل وكذا إن لم يكن بأن الآية متروك الظاهر لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون في السفر كما قال به مجاهد
والضحاك وقد ترك به ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الأول أنه مما يقتضيه المصدر لأنه جمع رهن
والرهن مصدر بحجة كذلك وإسناد مقبوضة إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني أن الأمر في
الوجوب حقيقة كما عرف والإجماع لا يصلح قرينة للمجاز لأن المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة ولا
يمكن حال استعمال هذا اللفظ إعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن وصرف إلى القبض وعن الثالث أن الدليل لا يدل على الملك
حيث لا يجعل شرط اللزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي ثم التراضي

وصف لا شرط في التجارة فكذا القبض في الرهن لأنه على هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح أما أن ذلك مذهب
الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون النص في التجارة وأما أن عدم الصحة إنما يكون إذا لم يكن الصفة مقصودة وقد
ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف إليها وعن الرابع بأنا لا نسلم أنه متروك الظاهر بدليل أنه يحتج به لأن المنصوص لما أوله
متروك الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله أعلم وقوله ولأنه عقد تبرع دليل معقول
على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفى فيه بالتخلية يعني بعد رفع المانع وهو ظاهر الرواية وأصح وقوله
لأنه أي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه
إلى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فإن المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك
المرهون وفيه نظر لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولأن كون
الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن إلا بالإيجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب
كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع إلى
المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم إليه ينتقل الضمان
منه إليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء قوله والأول أي وجه الظاهر أصح لأن الرهن توثقة لجهة الاستيفاء
وحقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية بأن يخلي الراهن بين المرتهن وحبسه فكذلك جهته لأن الحقيقة أقوى من الجهة
وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى وأما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا
للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين **قال** فإذا قبضه المرتهن قد ثبت أن القبض منصوص
عليه وقد تقدم في الآية المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو أن يكون الرهن
محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على رؤوس النخل دونها وقوله مفرغا احتراز عن
عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وإن لم يقبضه
فالراهن بالخيار من التسليم وعدمه لما ذكرنا أن اللزوم يحصل بالقبض إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل
القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله عليه
السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا أي من الألفاظ ثلاث لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي عليه هلاكه قال ومعناه لا
يصير أي الرهن مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين لزيادة الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على
موضوعه بالنقض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقك الدين
فلا يكون خاسرا لأن يقال المراد به ذهب حقك في الإمساك أو في المطالبة بإسناد الراهن أما الأول فلأنه لا فائدة في الأخبار
عنه والثاني لن يبقى له لأنه ذكر الحق في أول الحديث منكرا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس
عند المرتهن فاختصما إلى النبي عليه السلام فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم أعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني
عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أولهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة
المذكورة إلا أن إذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي وقد علم ذلك وقوله عليه السلام إذا عمي الرهن
فهو بما فيه معناه وعلى ما قالوا إذا اشتبه شيء في الرهن بعدما هلك يعني لم يدر قال الراهن أو أدري كم كان قيمته والمرتهن

كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكي من التاويل عن ابي جعفر وقوله بعد اختلافهم في كيفيته انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم
اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين فاختلافهم على هذا الوجه
اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي
بان يصير مملوكا للمرتهن كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وابن سيرين وغيرهما وقال مالك وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل
الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه
فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذي نهي عنه فاما اذا جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي
في شرح الاثار ذهب في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن
بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل على الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان
الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره ان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهي الاستيفاء بهو ملك اليد
والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي
وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اي رهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع
واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان والهلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما
يفهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه للدوام وتاكيد بنفي الانفكاك حالة تنبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا ٢
لذلك للدوام ينفي بعضه بكان التاكيد يثبت اثبات لوجه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم
والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق لانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه
المفهوم والمقتضى للعقد لغة وليكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون
الرهن موصلا اليه الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن
مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى الاداء الحق لان الراهن يخشى ان يجحد الدين ان يجحد المرتهن
الرهن لان قيمة الرهن قد يكون اكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او
لضجره عن المطالبة وهو ايضا قضيته تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فيضم اليهما قوله واذا كان كذلك اي اذا
ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه
وتقرر بالهلاك الاستيفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد
وهو ربوا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض من الاستيفاء اي الثابت بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء ٣
فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لنقض الاستيفاء الا ترى ان المبيع اذا هلك
قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء بحيث اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك
كالثمن فيما ذكر ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربوا وهو
ان يستوفي رقبته لا يد لانه لا يتصور لها وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير مضمون
وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما بعين الدين او بدله لا سبيل الى الاول

لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن بدل الصرف والمسلم فيه
جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة
او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث المالية الا ترى انه حتى كانت نفقة المرهون على الراهن
في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة
لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب
العقد جواب عما قال الشافعي الرهن وثيقة بالدين وبعقد الوثيقة يزداد على الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما
اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ
ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل
من ضروراته فلا يعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالي
وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان المستاجر احق
به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد فسخ الشيء يد استيفاء لان يد الاستيفاء
هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية
فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يديه واما اختصاصه به دون الغرماء لانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء
المنفعة وبعد الفسخ بقي الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الى واضح قال ولا يصح
الرهن الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل احتراز عن دين سيجب كالدين من الدرك
وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لا حكم له اي لحكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم ولا استيفاء قبل الوجوب
واما صحته بالدين الموعود فسيجي الكلام فيه وقوله ويدخل فيه اي يشكل على هذا اللفظ الذي يدل على الحصر صحته
جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها فالحاصل
ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما ان يكون بعين مضمون او لا والثاني غير صحيح
كالودايع والعواري والمضاربات والشركات والاول اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا
او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيره وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البايع فانه مضمون بالثمن وكذا غير ذلك
فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح والاعيان ليست بدين واجاب المص
بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا ٢
تصح الكفالة بها اي بالعين المضمونة بنفسه وقوله وان كان لا يجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك تجب بالقبض
السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه جواب عما اختاره بعض اخر من
المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فيصح الرهن كما صحت الكفالة وتعرض بان صحة الكفالة لا
تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة
للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قوله دون الرهن ترديد بدينا ما انعقد سبب وجوبه ودين ما انعقد ذلك فان كان الاول
فليس كما نحن فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه غير ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كلام المصنف

اما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو احال على الغا
صب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد
العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجودة فهلاك
العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة والسبب الموجب **قال**
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين وقع في بعض
نسخ القدوري بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله
يترادان الفضل يعني ان الترادد انما يكون من الجانبين وقوله كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الغريم الدين في كيس
وجعله في الف فانه يصير ضامنا قدر الدين وزيادته على قدر الدين امانة فكذا هنا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل
بدونها لانه لو لم تجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او لعدم انفكاكها عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان
بقاء الرهن يصح عن الضمان كما اذا استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء
وقوله والمراد بالزيادة فيما روي حال الشيوع يعني توفيقا بين حديثي علي فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيحمل الاول
على حالة البيع يعني لو باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرجع
الراهن بزيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من ادب القاضي وقوله وكذا طالب المرتهن
دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان استيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة من حيث
انه استيفاء حكمة قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فيجوز ان لم يجب على المرتهن تسليمه باعتبار شبهة المبادلة
يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر به من زيادة الضرر ولم يلتزمه يعني المرتهن ولم يعتبر
هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تاخير حق المرتهن بخلاف
الفصل الاول وقوله لاطلاق الامر يشير الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار
لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار الرهن لانه
اي المرتهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا وصار الثمن
رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الراهن ما قبل قبض الدين لم يسقط من دين
المرتهن شيء فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا اذا رضي بتولي قبض الثمن يعني المرتهن استثناء
من قوله فصار كان الراهن في يده لكن لم يذكر وجهه وما ذكر ان تولية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه
وقوله كما لا يكلف احضار الرهن لاستيفاء نجم قد حل لانه لو كلف لاستيفاء الكل فكلف لاستيفاء نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع
فلا حاجة الى ذلك واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني اذا باع الراهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب
احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ان يبيعه الى
اخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطاء
حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف
عن العين فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن وهي ليست في يد المرتهن

يجبر

فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة اجاب بقوله وما صارت قيمته بفعله حتى ينتقل اليها الرهنية فيصير كان الرهن في يد عدل
بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فان قيل في النهاية يحمل قوله
وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا اي في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء
الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن
من الدين وهو كما ترى تعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا **قال** وان كان الرهن في يده
اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين
على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه
لما ذكر في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وتقابضا وقيمته مثل الدين
ثم وهب المرتهن الدين للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا
لان ثبوت يد الاستيفاء على المرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فيصير به مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء فمنزلته
استيفاء حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب
بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض والقضاء بعد
الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء فيجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين
تم ليس عليه لغو وقوله على جهة الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه يبقى
الرهن يعني مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين
باقيا ولو ابرا عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة لما كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم
احدهما فان قيل ينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم ولو كان كذلك كما مر لكان
الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الدين باحتمال التحقق المؤدي يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال الذي يوجب
التحقق لا يعتبر اذا لم ينشأ عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني بعد حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان
به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به **قال**
وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة في العيال المساكنة لا النفقة الا ترى ان المرأة اذا رهنت وسلمت
الرهن الى زوجها المرتهن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب فخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن
لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان
يحبسه حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف النفقة دين على
الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن كجعل الآبق او لرد جزء منه كمداواة
الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ
لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية دون
حيث العين والعين متقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين تقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل الخراج والعشر يتعلق بالعين
كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا

ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا
في استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه جميع ما رهنه الا يرى
انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء بعينه فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا ابتداء
ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع وقوله وما اداه
احدهما مما يجب على صاحبه يعني من الخراج وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر
فان كان بغير امر القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه يجب اذا امر
القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان الامر متساو بين الالزام فاذا لا يلزمه شيء منهما
بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع
مسئلة الحجر يعني ان عند ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على
الحر كان نافذا في حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير مجبورا عليه وهو لا يراه
بخلاف حال غيبته لانه موضع ضرورة والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز لان التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال
ولا يجوز رهن المشاع القابل للقسمة وغيره وهذا مما يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به
ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان
القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان الاصل دليله وعظمه قد علم
في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على تقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد
غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب
الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع
غير معين والمعين غير المعين فيكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه […] دليل الشافعي بين
الوجهين وهو قوله وعنده المشاع تقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه
للبيع والمشاع يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم يتصور كان العقد منعقدا وتقرير الثاني
ان موجب الرهن اي موجب حكمه […] لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة
او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق على الوجه الذي بيناه […] ليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع
الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك […] مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود […] يتعلق بالدوام
اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد […] الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق
واما بالنظر الى النص فلانه […] وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما يتعلق بالمحل في الابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الزوال
فكان […] لانه مانع لحكم الرهن وهو يعود في المشاع والذي يدل على ان هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال
احدهما ما يبتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الحبس فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله

ولا ينفي

ولا ينفي البداءة الى جهة […] من تمام الدليل يعني ثبت انه لابد من الدوام ولا ينفي البداءة الا استحقاق الحبس ولا
استحقاق الحبس في المشاع لانه لابد من المهايأة فكانه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه الحبس
يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه وهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع يستوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل في
الرهن بخلاف الهبة على ما ذكر في الكتاب وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول
فلانه لا يقبل حكمه واما على الوجه الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطاري ان يرهن
الجميع ثم يتفاسخا في البعض او يأذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في
رواية الاصل وكلامه واضح قال ولا يجوز رهن ثمرة على رؤس النخل دون النخيل […]
قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علة فان الاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن
لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره وقوله بخلاف المتاع في الدار يعني اذا رهن دارا مشغولة
بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم يدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا يرى انه
لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم يدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها او
منها فانه يدخل الثمار فيدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان
رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شائع او كان
مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن في الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع فكان جائزا وان كان
الثاني تبين ان الرهن في الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى لو […] يدخل فيه من غير ذكر يعني الدابة اذا رهن وفيها
عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن
بالدرك باطل قد تقدم تفسيره […] رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بالدرك
ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري وقبض الثمن من البائع فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحق […] وهو باطل حتى لا يملك
الراهن حبس الرهن […] قبل الوجوب استحق المبيع اولا واما الكفالة بالدرك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب […]
في باب ضمان الدرك […] استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع […] ولا انه اذا لم
يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض
البيع بينهما او لم ينقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البائع او قضاء القاضي
لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج او التلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد
وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله هلك امانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود
من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن
فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا
للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر حال المسلم التجاوز عن
الدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض
بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على

سوم الشراء فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المرتهن ايفاء ما
وعد وهذا اذا ساوى قيمته المستقرض وانما اطلق جريا على الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل
قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين
المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم والاعتبار به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث
وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره
وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدا يجب بالعقد لان للبائع على المشتري شيئا قبل البيع ليجعل مضمونا بالقيمة
عند تعذر الايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض هنا عن الدين الموعود
قال ويصح الرهن برأس مال السلم قال في حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه
الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا والاستبدال فيها ممتنع قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة
من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده كما لو كان الرهن عبدا
فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف
والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام
الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعين ملك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجنا
الى تملك العين ايضا وقوله لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا
بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله ويكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لانه يكون حقه بمعنى الفناء على
وقوله لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن
بقيمته وهذا الذي ذكره محل الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط
ورأس المال دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم وعشرة دنانير ورهن
بالدنانير رهنا ثم ابراه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف
السلم وقوله ولو هلك الرهن اي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى
لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو رأس المال
وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لو هلك برأس المال فعلى الراهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان
على المسلم اليه ويأخذ رأس المال لانه يعتبر الرهن صار مستوفيا بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك
فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى
ولم يرد رأس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة
فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم ومالية الطعام ولم يجب على المسلم اليه من جنس الدراهم
وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام اجيب بان الذمة بمالية الرهن ههنا من الدراهم ذات
تقدير مالية الاشياء بالنقود ذلك بحسب اصطلاح الشرع بتقديرها بها تيسيرا فلا تقتضي الجنس النقدين بغيرهما والحال
الرهن بالطعام مع علمها بانه يعقد استيفاء كان ذلك منهما تعيين المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن

الطعام تقديرا فصار كانه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون لها عليه المسلم اليه رجع برأس ماله على المسلم اليه حتى
يلتقيا قصاصا بل الذمة مثل الطعام المسلم فيه لانه ثبت في ذمة المسلم فيه والاقالة تقرر ما تقرر آنفا انها لا تحتمل
لا يحتمل الفسخ وقوله لما بيناه يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله وذي قيمته لما ان يحبسه يعني اذا فسخ
نسخة للمشتري ان يحبس العين لاستيفاء الثمن لان العين مثله بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من
البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر كلامه واضح
قوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية وفي هذه الوجوه من التصرفات باطلة وقد كانت معارضة تنفعه
وقوله ولا يجوز بالكفالة بالنفس لمعنيين احدهما المذكور في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن
والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وكذا ما قال في القصاص في النفس وما دونه
ولو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان
استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لانها غير مضمونة فانه اذا هلك
ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي له بذلك
فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء
مضمون الا ترى انهما لو دفعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن
مضمون يعني في الاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهن بدين واجب ظاهرا الا ترى ان البائع والمشتري لو اختصما
الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن وصيرورته
مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر ومن ملك الرهن فانه يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله
ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض المضمون ظاهرا فكان كالدين
الثابت حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني لا يضمن شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على
عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه
يعني الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل
الباقية مسئلة العبد والخل والشاة كذلك وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن
عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان هلك الرهن
في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر
ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية في ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة
بل يبقى دين الغريم على الابن ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاعا لابنه الصغير من
ابن جاز اذ يكون للاب ان يأخذ ههنا بالنسبة الى الحاصل وهو ان يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا
رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه وهو ههنا الثالث وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة
على ذلك التقدير لما اذا كان عليه دين فلا شك بجوازه وكذلك يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب وهو اولى
رهن من عبد ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه من الموضع كرهنه من نفسه

انه لو رهن الأب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لم يجز وكذا من عبده وهذا بناء على
ان بيع الأب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه
وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه
على المذكور في الكتاب وهو اوضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله لان الرهن لحكما وحكمه
بين بكونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع
الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب قبل الفكاك اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك
اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فللابن حق في مال والده لانه مضطر
فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جائزين يعني رهن الاب والوصي متاع الصغير بدين على نفسه
ورهنهما ذلك بدين على الصغير وذلك لانهما ملكا الرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بين بشيئهما
كل ما جاز ان يثبت لكل من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله اي لفعله اليتيم بنفسه لو فعل
اليتيم بنفسه وقوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن
فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين
مستوفيا الدين باعتبار يد المديون ولذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل
الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه
لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله ويأخذه بدينه اي يأخذ
المرتهن ما ضمنه الوصي مقابلة دينه فضلة عما قبله للاستيناف وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس
بمتعد بل هو عامل له قال ويجوز رهن الدراهم قد عرفت ان كل ما امكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن
بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من
الدين وان اختلفا في الجودة ولا يعتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة وقالا يضمن القيمة من
خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي رواية الجامع الصغير احتياجها الى التفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني
فذلك الرهن ضائع بما فيه وذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ١٢
ذكر في الكتاب بقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف
جنسه وقوله ثم يتملكه يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول وقوله واستيفاء الجيد بالردي
جائز قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا اصح
لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به في بدل الصرف والسلم يوضح ان الاصح ان يقال واستيفاء
الردي بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة لاحد
فيه فلا يحتاج الى الاسناد لانه شيء اخر والثاني ان الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن
العشرة بقيمة ابريق قيمته اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردي مقابلا بالجيد وتدري ان ما في النسخ حق
وتعيين ما يرويه صاحب النهاية تعليلا تأمل وقوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفاء

ولا ينتقض

ولا ينتقض الا بالرد والنقض عوده ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل
الى الاول لكونه متعنتا الطالب لما يغرم ولا الى المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا
لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله قيل وهذه فريعة تلك انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان عن
محمد انه مع ابي يوسف في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي
يوسف وقوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف
ليستوفي دينه من عينها اي من عين الزيوف عينها تمام ما له عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وفي الرهن
قبض الرهن ليستوفي دينه من محل اخر وكان حائلا الرجوع بالضمان ولحق مثل حقه فينقض القبض وهو وجه البناء على
قيل ان الزيوف مقبوض على الاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك
سقط حقه ولم يرجع بشيء عند ابي حنيفة بمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي
ويقام رد المثل مقام رد العين لاعادة حقه في الجودة فكذا في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه
المسئلة مبتداة اولى لانه جعل هنا المرتهن راضيا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا
دينه باعتبار الوزن ولم يوجد هنا وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما تقدم في هلاك الرهن وهذا حين الانكسار
ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجبر الراهن على الفكاك لانه لا يجبر عليه لما
ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الراهن او يجبر الى الاول لان المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة
على الانفراد فانه لم ينتقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا والى الثاني لما فيه من الاضرار (٣)
بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا وصل اليه حقه ناقصا اذ لم يسقط شيء من دينه وذلك
ضرر به لا محالة فيخير الراهن ان شاء افتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه او
خلاف جنسه مصوغا ويكون رهنا عند المرتهن وملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله
بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تعذر لانه لا وجه الى ان يذهب
بشيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان يعني ان يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الافتكاك
وفي الحقيقي من الهلاك مضمونا بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية
فكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو
مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي
فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح لان كان التضمين بالقيمة واجبا او هو الصحيح او ما يشاكل ذلك وقوله
في الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته
جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له ١٢
وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر لما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار
بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار
وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة

كالدين وقيمته اكثر من وزنها اثنا عشر لجودته وصياغته فيه عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند
ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدس منه حتى لا يكون الشيوع الطاري
منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الافتكاك بقضاء
جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن بالدين وبين ان يستردها بقضاء جميع الدين
وجه قول ابي حنيفة ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فاذا كان الرهن باعتبار الوزن كله
مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما
اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين والزائد عليه امانة وتنقسم الجودة على المضمون
والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان
يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون
كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة
الاستيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون
مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف ان الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة
متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته
عشرون بعشرة من وارثه لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث ولم يعتبر عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها ساقطة
في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فلما كان اعتبارها يصير خمسة اسداس الابريق مضمونا بالجودة
وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة
الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة
للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة في الدين كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع
بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك
في ان الفضل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على
الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الافتكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم
والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة
في المسئلة مفروضة بذلك قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه كلامه واضح وقوله
يعني الكفالة والرهن والحوالة يعني ان جواز العقد استحسانا تابع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن
غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير مليء
ولا في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار بعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك
هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشترى والصواب انه وغيره سواء ولو قال المشتري امسك هذه بثمنك
حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا
صرح بهذا علم ان مراده الرهن فصل وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر المتعدد عن الافراد وقوله ١٢

وصار كالبيع في يد البائع فان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن
فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف كل واحد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الحكم
في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض الذي سمى وجه كل واحد مما ذكر في الكتاب وقوله الا يرى توضيح لذلك
فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء جاز ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان
الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل واحد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه
بتفرق التسمية بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم
يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض مبطل له فبعدما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض
بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك
ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض
الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فانتهى حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال
موجود قلنا نعم لكن حصة كل عين من الدين ثمة غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي
احدهما الفا والاخر الفين ورهنهما بثلاثة الاف احدهما بالف والاخر بالفين ولم يتبين مقدار ذلك واراد الراهن فكاك
الذي قيمته الف بان ادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هو الذي رهنته بالفين فكان ذلك جهالة
تفضي الى المنازعة واما عند التفصيل فحصة كل عين معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة ولهذا
تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال فان رهن عينا واحدا عند رجلين صورة المسئلة ظاهرة
ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين او غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم
ودين الاخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل
هو منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في
صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد
الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين
على الكمال فيجعل شايعة تنقسم عليهما بالحصص والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الحبس ويجوز ان تكون العين الواحدة
محبوسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيتحقق الجواز لكون القبض لازما منه الرهن والشيوع يمنع عنده ومن ثم لا يوجب
ابي حنيفة فجعل ذلك شايعا مانعا عن استحقاق الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في
حق الاخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق ولم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد
منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي
بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الاخر كله وحده غير مانع بالحبس صاحبه وذلك يقتضي ان يسترد الراهن
ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه لا يسترد واجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ولم يصل الرهن الى الراهن
كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه
مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا فهو عكس المسئلة التي تقدمت

وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه بين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة
وادعاه آخر كذلك وتفصيل الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او في يد احدهما او في يد اجنبي فان
كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشرى وقد تقدم الا ان يقيم الآخر
بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة فان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه
فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو له وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكرنا من القياس والاستحسان
قال محمد في الاصل بهذا نأخذ بالقياس فاخذ ووجهه ما ذكره في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من جانب ان حق كل واحد منهما
ثم يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما كان له ان يحبسه عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد
بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف الى الوجه الاول بقوله
لانا نقول من اعمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقي كلامه واضح

باب الرهن يوضع على يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل
والعدل من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو
وكيل الراهن ببيعه لكن يخالف الوكيل في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا
على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها كذلك فانه ذكر
في المبسوط وشرح الاقطع ان ابن ابي ليلى يقول ومالك كانه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده
كما مر في اول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنه كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن
عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن عاجزا ولو لم يكن
بين يدي الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع الراهن
بين مودعه وقوله وهو نائب ظاهر وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب
عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك
لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه
سؤال ساقط لان للخصم ان يقابل به بان يقول القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك
اما ان يكون من حيث انه امر به وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا كان حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض
حقا حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولا تاثير لذلك
لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم وكذلك لو اتفقا على قبض العدل فالجواب انه قبض من حيث امر العدل بالقبض
وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه تسلم للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم
والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدران يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكرنا وقوله ولو
تعذر اجتماعهما برفع قال في النهاية اي برفع العدل احدهما الى القاضي في بعض الشروح برفع الامر الى القاضي احدهما
اما الراهن او المرتهن وهو ظاهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين وتحالف العدل
ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له اي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى

الرتن فلو لم اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن
وبدله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده
اخذها اذا ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل ولا يرجع العدل بشيء من ذلك على المرتهن ينظر ان
كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء
الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه بان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفعه الى
المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته لانه ملكه المرتهن او سلك
عنه لانه دفع اليه على وجه الضمان قال واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله فلم يعزله الراهن او غيره
الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله لانه في ضمنه اي عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن
وقوله لانه اي عقد الوكالة لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي عقد
الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة ووصفها التي هي اللزوم وحق الوكيل في
بيع ولد الرهن وحق صرف الثمن بالدنانير كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق
كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن ثم مات يبقى العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله ولا يجري فيها
اي لا ينقل عليه الارث في الوكيل لانه عليه حين لا يصح عليه ترك الميت فصار ذاته وانما الحق لمن عليه عنده وقوله ويجبر
على بيعه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه ايام ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على
قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على المديون وقال الآخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت
وقوله لما ذكرنا من الوجهين احدهما انه وصف من اوصافه والآخر ان فيه اتوا حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول
ذكر في المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله لان الجواب في الفصلين اي فيما اذا كان مشروطا في الرهن وفيما اذا لم يكن كذلك واحد اي يجبر فيهما
ويؤيد اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه لا اجبر الوكيل بغير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لا وكذلك
ذكر في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري ومملكه لا يكون رهنا واذا توى كان مال المرتهن بسبب
العبد على ما صححه صاحب النهاية في بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وغرم القاتل قيمته يعني يكون القيمة رهنا مقام
المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يرد على حقه
الخواص كان ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وكذلك يضمن غيره اي ليس للعدل ان
يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى الفاظ وضمائر فيحتاج
زيادة ايضاح وقوله وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن البائع اي العدل
وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله تبين انه صار مضمونا
اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فلذي فللعدل وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن وقوله وكما اداه
اي اداه المشتري الثمن الى العدل ليسلم المشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان
المقبوض سلم له اي لان الثمن المقبوض سلم له لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء رجع
على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فرجع بذلك فرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه

على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه واذا وقع البيع لحقه وسلم الحاجز
اي لزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد حيث
فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن
يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله تتعين فيه صفة التسليم او
القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اي
تبين ان المرتهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون هلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني هذا السؤال طعن به ابو
خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي سمع لحدود قوله
والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني قوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي
الى الراهن كانه وكيل منه لما كان المرتهن وكيلا من الراهن حيث انتقل الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل في
والملك لكل ذلك اي لكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد وتبين
انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون وكان الملك من قرار الضمان على
الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن تملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملكه الراهن بعد ذلك من جهته
فيكون ذلك من جهة الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه والمشكل اذا استحق راس مال المضاربة وضمنه
المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وكان الملك متاخرا عن عقد المضاربة بما ذكر من الرجوع بالغرور
والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه
حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه انشاء العقد بعد الرجوع فينفذ بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس للدوام حكم الابتداء
وقوله بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند
الملك اليه وتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي قيل اراد مسألة المضاربة
والفرق بينها وبين مسألة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع
المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل
الرهن فلما قلنا ان الملك يقع للراهن فيتاخر وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته
على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فاخر وضعا قال واذا باع الراهن الرهن اذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم ياذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه ففي موضع قال بيع
الرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما اذا رفع الى القاضي يفسخه اذا
خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجاز وسلم وذلك لانه تصرف في ماله تعلق
حق الغير به فيتوقف كما اذا اوصى بجميع ماله فانه يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن العقد لزوال
المانع باسقاط حقه ايضا ولان الوقف كان لحقه فاذا اجاز ينتقل حقه الى بدله كما ذكر في الكتاب وقوله هو الصحيح
احترز عما روي عن ابي يوسف انه شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن

بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكر في الكتاب
وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن لان الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا
يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجز المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني
موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان
حق المرتهن يتعلق بالثمن الا ترى انه يقوم مقام الرهن ليشايع فيهما ايهما اجاز المرتهن سلم له منفذ وياخذ الثمن ويكون رهنا
عنده وانما خص باجازة البيع الثاني ليبين الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد
الاول وهو البيع ولا يصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في
الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل للاجازة الى عوض ما كان المراد انما تعلق بحقه تعلق به حقه
وان كان غير مرتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجاز المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان في ذلك حظ
من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه واذا اجر بعد البيع او وهب او رهن وسلم واجاز من العقود جاز
البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل
لكن ليس مما يتعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له فيها حظ
لم يصح تعيينه وكانت اجازته لاسقاط حقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة
اعتمادا على كونه معلوما قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون
نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي اقوال ثالثها النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر تعتبر
ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه شرع نفوذ العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه
مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او الآبق والمغصوب فانما
يشترط الرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم نزاع وكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت ٢
الحكم المتحقق للمقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه الكلام في قيام ملك الرقبة
لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب
عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك
لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول
ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى
وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل المانع منحصر
فيما ذكرتم بل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لحق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة العقد وليس
ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله ولعتاق الورثة جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وهي
ان اعتاق المريض عبده وقد اوصى بعتقه سنين او اعتق المريض ثم مات ولعتق الورثة لم ينفذ
لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة ولما

عند هما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي
وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا اذا كان بخلاف
جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يترك حتى يقضي به
دينه وقوله لانه ما نعتق الوصول بدليل وجوب السعاية على العبد وقوله بذكره يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد
الامة المرهونة وقوله وعندهما التكميل يعني وان عتق عندهما الكل فيعتق بعضه لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا
اداها كمل العتق وقوله الرواية عن ابي يوسف فان البيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن يتعلق
حقه بملكها يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان مالكا من حيث المالية وباقي كلامه واضح **قال** ولو دبر الراهن
صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع
فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صحا يعني التدبير والاستيلاد
خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فالمدبر لا يخرج منه بقبوله محل الرهن كما مر آنفا وكلامه واضح وقوله
وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما وقوله والواجب على هذا المستهلك
يعني الاجنبي وقيد بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله
كان ما ملكت نافعة بها وقيمته يعني يكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والعبرة في ضمان الرهن تعليل لذلك فقيل عليه
النقصان الفاحش بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية
ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فيسقط من
النقصان الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها لم تتغير فلا
يسقط شيء من الدين وقوله فانتقصت من الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله ولو اعار
المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما
عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله لمنافاة بين العارية وبين الرهن
لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه ونفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يدل على الجمع بينهما
ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان في يد الراهن بعد الاعارة في يد المرتهن وبعد ذلك زال بين عارية وفي ذلك جمع
بينهما لا محالة فاعتبرنا بقاء الراهن بين يدي سبب لزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو مخصوص
لاذا وجد الهلاك على كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين العارية وبين الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من الاعارة احدهما كان
الآخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة ذلك من التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن
والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة
الاستعمال او اجنبيا ولا ترفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة
فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعار منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد
القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا

يعود

يعود رهنا الا بالاستيفاء واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او من اجنبي بمباشرة احدهما باذن الآخر
وتمام الرهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية ولو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة
للراهن **قال** ومن استعار من غيره ثوبا ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير ان اطلق في ذلك ولم يقيده بشيء فان كان الاول
فما يرهنه المستعير به من قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك شرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك
العين واليد جميعا بان استاذن ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل الاعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين
واليد فيه فالجواب ان الانفصال غير مانع لعدم تلازم احدهما الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي
فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت
للمرتهن ملك اليد دون العين وقوله لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة
للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا مطلقا وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن القيمة لمخالفة
لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر نفى الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما يتيسر
اداؤه ان احتاج الى فكاكه ونفى النقصان فالزيادة زيادة ضرر ونفي النقصان لان غرضه ان يصير مستوفيا لاكثر المالين ان هلك
٢ الرهن عند المرتهن فان الراهن يرجع عليه بمثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله
ووجه مثله اي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت اكثر من الزيادة على قدر الدين
عند الهلاك لا ما ذهب به فيما زاد وهو اذا وافق المستعير الخبر فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا
دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بنيابة
ولعلم المجبر ان يعني جبرا للمكافات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال في النهاية ليس
يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر القيمة لا ما كان اكثر منها يعني اذا كان قيمة الرهن
ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك
على اللص لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله
ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك في حال الرهن او غيره مثل ان قال المعير هلك في حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد
الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك
فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب ثم يدعي ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد
المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة قرئت
على الشيخ وتقدم في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح لكن الصحيح والصواب بالواو لان في لفظ كما يختلف
الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في انكار اصله يريد به عقد العارية
وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين يعني المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين
ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه
واضح وقوله في آخره واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر فيه بتسليم الرهن الى المرتهن سيجيء في فصل المستعير
في الرهن يعني المودع فيكون التسليم بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن

اما بعد فكالة فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من ضرورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان يد الراهن
نايب المعير وهو المستعير بنفسه وقد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى
الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كان به الى صاحبه حكما ويحتمل ان يراد بذلك ما هو الذي اختاره المص وهو مختار
شمس الائمة السرخسي في الاختيار شيخ الاسلام فهو ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ودلت عليه هذه المسئلة

قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة ومعناه واضح ومعنى اللام في الابقيد على السقاطة بانفراده وبالمحرم هو ان
يكون غير ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان تكون الجناية في النفس او دونها
خطاء اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله فهذه الوفاقية يعني ما هو من المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان
جناية الراهن على الرهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه
وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله واذا جنى عليه لو وجب عليه شي لكان له والحال عليه
وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المص بما في الكتاب بخلاف الجناية
الموجبة للقصاص فان المستحق به آدميته والمولى اجنبي عنه ولهذا صح اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص عن
صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك وفيها في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن
غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي آخر فان قيل ما الية محبسه بدينه
فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي هذا الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية تعتبر وان كان يسقط حقه
في الرهن فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وغاية ما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية
وان لم يكن له غرض في ذلك ترك طلب الجناية وهو يستبقيه رهنا كما كان وقوله فيدفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع
العبد الى نفسه وهو للمشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدفع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دفعا وثناه
ولهذا من الجناية لو عبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن
حكم الدفع او الفداء عليه فيحق في شي واحد بسبب واحد ولا فايدة في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر من الدين
كانت الغنم والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه او يباع عليك العبد فان نسخ
عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شي من الثمن اخذ الراهن نصفه فالمرتهن نصفه
لانه من العبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضي النصف من الدين
بقي العبد رهنا كما هو وهذا ظاهر الرواية وحكي غيره ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا الى آخره
من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن والمرتهن لان الاملاك بين الاب والابن
حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي **قال** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف فنقصت القيمة
بتراجع السعر بعد ما قبض المرتهن يعتبر فانه لا يوجب سقوط الدين وانه لو نقص منه وهو باق على حاله لان الراهن لا يطالب
بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله صح لان ارادة على دية لاخر نتيجة قوله كما مقابلا بالدم وقوله
لان المولى استحقه بدليل قوله لانه من المالية في حق المستحق وقوله لو قيل يدل للخراي الاعلى الخ المرتهن
مستوفيا الالف الدين بالمائة التي غرمها المرتهن قبل الرهن وجعلته رهنا كما كان لانه يؤدي الى الربو فيصير مستوفيا

المائة وبقي تسعمائة في العين واذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر والعلم انه حصر للمسائل هنا
ثلث ان تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته
مائة وقتل العبد المرهون ودفعه به واقوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فحكم الصورة الاولى
والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما وفي الثالثة الراهن بالخيار بين
ان ياخذ الرهن بجميع الدين كاملا وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما تذكره وقول زفر ان حكم الصورة
الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان
التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة
في الكتاب وقوله لحما ودما يعني صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الادمية والشرع اعتبره
من حيث الادمية دون المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب
يعني لو قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان ياخذ بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب
تخير المغصوب منه بين ان ياخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه مشروع يعني قوله
عليه السلام لا يغلق الرهن ثلثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله وهو على هذا الخلاف قيل في بعض
الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه هنا في الصورة الثالثة فيما اذا تراجع
سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يعيد ذلك فيه بعينه وهو
على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار
وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك نوع نظر يثبت صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وتغاير الصورة
الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهو تكملة في صورة التراجع ولا تكرار فيه وقوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطاء
فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي واذا كانت الجناية عليه لان
العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني ولو كان على المرتهن وقد اداه الراهن وجب له
على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون
متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه بغير المرتهن وقوله وحق ولي الجناية المرجح على دين المرتهن
يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية
ثم بيع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما
على حق المولى كان مقدما على من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي
الجناية في ملك العين وقوله بما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان شاء خاطب الخ اختار الراهن
الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذ اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار
ذلك بعد ذكر جناية ولد المرتهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من
احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله وان كان عبد بالغ في التركة

ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة وما يعده رجوع عن قوله وسنبين القولين وما بعده
واضح **فصل** هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة
بعشرة فتخمر ثم صار خلا ولم ينقص عن قدره فهو رهن بعشرة فان نقص سقط من الدين بقدره والمعتبر نقصان القيمة دون
الفائت بمجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عنده وانما تخير الراهن بين ان يفتكه
ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد بين ان يفتكه ناقصا
وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان
الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محلا بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا
فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذلك الرهن ولقائل ان يقول لما يرجع الى المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء فما بال البيع
تخلف عن ذلك في الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تتبدل المحل حكما بتبدل الوصف
فلذلك تخلف عن ذلك في الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او
يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس فان كانا كافرين فالمرتهن بالخيار ان تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل
فكذلك واليه يلوح اطلاق النص حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله
او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن ولذلك
يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك وكذا جاز ذلك للمسلم والخمر
ليس بمحل للتملك فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فليس له ان
ياخذ الرهن والدين على حاله لا صنعة للخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها
يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له ويقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة
ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن
درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة
فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة
ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية **قال** ونماء
الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا
لازما اذ الكلام فيه وهو القار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد عليه ابطال حكمه كالرهن والحرية ورقة وتسعة
وكتابة وتدبير واما قيدنا بذلك لئلا يرد كفالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فانهما
ليستا في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه يتعين بالابطال بالجناية الولد
والغاقين بالاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستاجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها
لان الاولاد غير الولد لا يصلح لاحكام من الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان فيه يعتمد تفويتا
مقصودا ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا ان نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه
ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له في الاصل وصفا لان الملك وكونه رهنا وسريانه الى الولد فاسلك الولد

بغير

بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودة لان اللفظ
لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه يضمن
بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا بالفكاك لانه لو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار
مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك
فحصته شيء من الدين فما اصاب الاصل سقط من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به
وقوله وصور المسائل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك يخرج وفي ذلك
كثرة وتطويل فاعرضنا عنها وتابعناه في ذلك وقوله لم يصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فاحلبت فان كلمة ان تضمنت
معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله لانه اتلفه باذن المالك فيه اشارة الى انه لو اتلف بغير اذنه ضمن وكانت
القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن **قال** ويجوز الزيادة في الرهن والزيادة
في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا اخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جائز عند
علمائنا والزيادة على الدين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقال زفر والشافعي لا يجوز الزيادة
فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وصورتهن في المولى امته من رجل بالف ثم
زوجها منه اخرى بتلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار وطريقة البرغري
وغير ذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا يجوز الزيادة في المنكوحة
ان يقول المولى زدتك هذه الاخرى بذلك المهر ولو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر فانه يصح وقوله الا
يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني من الدين الذي هو الف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين
نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والالتحاق باصل العقد لفساد الجامع الذي ذكره ابو يوسف وهو
واضح وحاصله ان الالحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في
الدين ليست في شيء من ذلك اما انه غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس معقودا به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن
بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لو لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يسمى به وقوله وشيء من زيادة قصد به
نفي خلاف نماء الرهن فانه ليس بزيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا
رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو يساوي
الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما
اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمته يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت
لانه اذا هلك خرج عن العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين
على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام
قصدا كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان مات الام بعد الزيادة ذهبت بما كان فيها
وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل تقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد
الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام وولدها **قال** فان رهن عبدا يساوي الفا كلامه واضح وقوله

على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافاً لزفر هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وقبله سواء ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين تحقيقاً ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء اي لم يبق لاجل الابراء ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضموناً بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلب الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن فقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعاً لانه يصير به غاصباً اذ لم يبق له ولاية المنع والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكر على وجه الفرق بقوله لان بالابراء يسقط الدين اصلاً كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين بلا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله ويفضي الى الدور قوله فاما هو يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد فاذا هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى معطوف على قوله وكذلك لو هلك في قوله لانه اي لان المحل واحد الشراء والصلح على عين الاستيفاء فيجب عليه رد ما قبض ان كان باقياً او قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله لانه يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى الابراء فيهلك امانة ووجهه ذلك يعني ان البراءة بالحوالة وان كانت براءة لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط لان الدين ولو بناء على عقد الحوالة الخ وقوله لانه يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختار المص ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجباً ظاهراً فهو كذلك فان وجوب ظاهراً يكفي لضمان الرهن فكان مستوفياً فاما اذا كان قبله هلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى الدين ووجه مختار المص ما ذكر من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه اذ يتذكر ان وجوبه بعد التصادق على انتفائه فيكون الجهة باقية فضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله وهو التوفي وذلك لانه لا يتوهم بعده ههنا بعض على وجوب الاستحسان في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية والله اعلم

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة النفس فكان متقدماً عليها او محاسن احكامهما مجانسة الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد يزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً وسببهما سبب الحدود وشرطها كون المحل حيواناً

قال القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به احكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء المذكورة وقال صاحب النهاية لانه لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان كان بقصد القتل او لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطاء وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان كان معه قصد التاديب والضرب اعرا

فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جارياً مجرى الخطاء ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضاً تفسير كل واحد منها وضعفه وركاكته ظاهر وقوله او ما اجري مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله ونطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه السلام في خطبته يوم عرفات ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في مقامي هذا وقوله عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرئ مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف على المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو ظاهر من غير فصل بين العمد والخطاء لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه والحديث شهوان الجناية بهاء اي بالعمدية يتكامل وقوله لا شرع لها دون ذلك اي لا شرعية العقوبة للمناسبة بدون العمدية وتقريره جهته ان العمدية يتكامل بها الجناية وكل ما يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله والعقوبة للمناسبة جهة اخرى وتقريره ان القود عقوبة متناهية والعقوبة للمناسبة لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله ثم هو واجب عيناً القود وقوله وهو الله يعني من فعل الهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصاً يسعى لتحيي نفسه في التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعاً ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به ان الله تعالى ذكر في الخطاء الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطاء وهو العمد وما ثبت بالعمد لا يصح عنه ابتداء بلا يلزم الزيادة على النص بالرأي ووجه التمسك بالسنة ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اي جنس العمود يتصرف الى جنسه فيتصصص على ان جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص اشار الى قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجباً في القتل العمد لما تلك لان الادمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجباً للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجراً للغير عن وقوعه فيه وجبر اللورثة فيتعين فان قيل كيف صلح موجباً في الخطاء والغايات فيه مثل الغايات في العمد اجاب بقوله في الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه حالة الاقتصاص فيه من الدم لو لم يجب المال والادمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس ولا يلحق في معناه حتى يلحق به وقوله ولا نسلم بعدم قصد الولي بعد اخذ المال عوض لانه تعين مدفعاً للهلاك وذلك لجواز ان ياخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله بحيلة من الوجوه موجود فيما اخذ المال صلحاً وقد جاز وانما جاز في الصلح المراضاة والقتل بعدم ظاهر العدم ويعوض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية ولان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا تقتضيه فكان فيه النظر للولي وذلك لتمكنه من القصاص ولخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدر فانه شرع زجراً عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا ياخذون امور الاكثر عند قتل واحد منهم بدل القاتل واهله لو لم ... ملكوه واشتد ذلك على اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابل القتل العمد تضييع حكمة القصاص

واذا ثبت ان الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء
حقا او ان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا او اشل او نحو ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا
اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التلافي
في العمد امس منها الى الخطاء لانها لستر الذنب والذنب في العمد اعظم ولنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه
معنى العبادة والكفارة منها وذلك موضعه اصول الفقه وقوله لان الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح
فان قيل سلمنا ان القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما اشتركا في المناط وهو الستر ولا احتياج لصفة العمدية كالمحرم اذا
قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطاء فالجواب ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيتها لعليتها
كما مر فان قيل قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع اتينا رسول الله بصاحب لنا
قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل
العمد قلنا لا نم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تع
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان
المذكور بعضه وهو خلف **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال
ابو حنيفة شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرة
ومدقة القصارين او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة
اذا لم يوال في الضربات فاما اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض والاسمي من النوع شبه العمد لان فيه
معنى العمد نظرا الى الفاعل عمدا وانتفاءه انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد
باستعمالها غير القتل كالتاديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي حنيفة قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان بن بشير ووجه التمسك انه عليه السلام
جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة
تساويا في كونهما غير موضوعين للقتل والمستعملين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالتوالي
عدم يحصل القتل غالبا ولذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب ذلك اي
موجب شبه العمد على القولين يعني قول ابي حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب على ما مر تفسيره والكفارة
لشبهه بالخطاء والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي ١٢
على العاقلة احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما اذا صالحوا فيه على الدية في قتل الوالد ولده عمدا وعما اذا اقر القاتل
بالقتل خطاء وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله وقوله لقضية عمر يعني ما روي عنه انه
قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله عليه السلام لانه مما لا يعرف بالرأي وقوله
فالحجة عليهما ما رويناه قيل اراد قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن
المعهود في مثله ان يقول رويناه والحق انه قال انما قال اسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول **قال**
والخطاء على نوعين انما انحصر الخطاء في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا يشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة

وهو الرمي

وهو الرمي فان اتصل الخطاء بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله لما بيناه اشارة الى قوله وتجب
في ثلث سنين بقضية عمر ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطاء الحديث و
قوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما يدل لوجوب الكفارة والحرمان يجب من انواع القتل فيما هو جناية فقتل
المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث ومثل ذلك احتمال انه قصده الا انه اظهر الخطاء من نفسه
وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة المختصر الصوغي في الفرايض المسماة ببنايت الله وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل
بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورته ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطا فاصاب عنقه فقتله
فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره فانه خطاء وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم
ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطاء الا انه كالخطاء في الاحكام لان المقتول
مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله ولان الشرع انزله قاتلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولنا
ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله بغيره وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس
صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحافر في غير ملكه اثم وما فيه اثم القتل يصح
تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطاء اجاب بقوله وهو وان كان اثما بالحفر في غير ملكه يعني ان الاثم الحاصل
بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله وما يكون شبه عمد في
النفس فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء لان اتلاف النفس يختلف
باختلاف الالة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما يجري مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغير
كما يقصد به الا ترى ان فقاء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص
وقد لا يوجب احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة **قال** القصاص واجب ... ضابطة كلية
لمعرفة ما يجب فيه القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التابيد احتراز عن المستامن فان في
دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب ... لانه عن المساواة والنبي عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية
لما بينا من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية تتكامل بها وفيه بحث من اوجه الاول ان العفو مندوب
اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التابيد غير متصور لان الذمي يتصور منه
ان يكون ناقضا للعهد في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه
المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مسلما
وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء والمنافاة بينه
وبين العفو وعن الثاني ان المراد بالحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به وخروج
الحربي الى دارنا اصل لا عارض وعن الثالث ان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان
التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها

ان النفس بالنفس وقوله عليه السلام العمد قود وذكر قول الشافعي بوجهه وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدين
يعني عندنا او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص بينهما فان قال جاز ان يكون شبهة الاباحة ثابتة في العبد
من الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه انه لا يصلح
ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما يستدل
من المقابلة في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى
ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان عن ابن عباس روي ان
قبيلتين من العرب تنازع لاحدهما فضلا على الاخرى فقتلتا فقالت ذو عزة الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا
والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم وقد ذكر الجواب عن الاطراف وتقريره بان القصاص في الاطراف
يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق تابع في اجزاء
الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد المساواة في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال ويقتل المسلم بالذمي
سواء اختلف العلماء في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته
وهو مذهب النخعي والشعبي واستدل الاولون بما روى ابو جحيفة قال سالت عليا هل عندكم من رسول الله شيء سوى القرآن
قال لا والذي خلق الحبة وبرأ النسمة الا ان نعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل
وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت
الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم
حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روينا محمد بن الحسن عن ابراهيم ان رجلا من المسلمين
قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله عليه السلام فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل ونفي دلالة
على الطلوع حلاء الابحاري ورد بان مداره على ابن البيلماني وهو ضعيف قال صاحب محمد الحافظ ابن البيلماني
حديثه منكر وروي عن ربيعة ان النبي عليه السلام قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني
يوم بمثله اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم في الحديث غير مقبول وقد عرف
في الاصول وبان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عندنا او الدار يعني عندنا فثبت
وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قولهم وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب
قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله يدفع قولهم فيورث
الشبهة اي القتل الذي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري
بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص
وقوله والمراد بما روي جواب عن استدلالهم بحديث علي وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه
ابو جحيفة عن علي لم يكن منفردا ولو كان منفردا احتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في
عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف على الاول والعطف للمغايرة ٢
فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لان الحاجة الى ان لا يقتل ذو عهد في عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح

بالاجماع

بالاجماع فيقتل ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا
يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقتضي بكافر حربي ولو لا ذلك لم تقدير حربي يتقدر في المعطوف عليه كذلك والا كان
ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه بما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم
بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين احدهما ان المسلم دخل دارهم بامان فيقتل كافرا حربيا هو حرام كالزاني المحصن
وهو الثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء الطائل تحت تطويلها
فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستامن لانه غير محقون الدم على التابيد كما تقدم في اول الباب ومن
كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه ليس محقون الدم
على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود حينئذ مثله مر وتناف
ولانا قدرناه بكافر حربي لا اذ اريد منه الحربي لعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق وتغنينا عن السؤال
عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعن قوله لما بينا ان التقدير المذكور ليس بمرضي وانما هو تاويل فلم يقبل الحاربيا
وقوله للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولا تعتبر التفاوت جواب
لجميع ما خالفنا فيه الشافعي قال ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد
بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معقول الاثر في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والد الام
وجد في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام
والجدات كذلك فانهم اسباب الاحياء فلا يجوز ان يكون سببا لافنائه وقوله والقصاص يستحقه المقتول جواب عما يقال الوارث
يستحق افناءه لا الوالد المحض وفيه ولو قال ان المحال ان يتسبب لفنائه لا يستغني عن هذا السؤال والجواب وقال مالك
ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطاء فيه من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فان فيه توهم التاديب فيورث شفقة
الابوة عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال النص وهو بالاطلاق حجة على مالك وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى
بابنته وهو محصن فانه يرجم واجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص فانه يجب ان يجد له ازني بجاريته
ابنه اذ حق الملك بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب
لاحيائه وقوله ولا بعبده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ولا يستوجب وجاز ذلك لاجل التاكيد بمنفصل لوقوع الفصل
يعني ولا يستوجب ولي على سيده اذا قتل الاب عبد ولده وقوله ومن ورث قصاصا على ابيه يعني مثل ان يقتل الرجل ام ابنه
مثلا وقوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعي
ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يده ثم جر فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا حز
رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير فقتله تعين بالسيف لان مبنى القصاص المساواة
وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف وهو
نص على نفي استيفاء القود بغيره والحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف واجيب بان
القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهو مختار صاحب
الاسرار وفخر الاسلام وقد يرد بلا قود يجب الا بالسيف ولو استدل به لابي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد

قررناه في التقرير وقوله ولان فيما نحن فيه دليل معقول يتضمن الجواب عن قولهما ان مبنى القصاص على المساواة ووجهه
لا عن وجود المساواة فيما نحن فيه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجز بعد فعل مثل ما فعل
ولانه غير جابر لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه
لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى **قال** واذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث الا المولى اي اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما
ان يكون له وارث غير المولى او لا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى
في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكانه تحامى حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بتقدير الحياة وهو في
الحقيقة نعم اعتبار ولكن مثل هذه الشبهة لا تحطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف
صار السببان بحكم واحد واما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها
فيكون ان يكون معتبرا وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر ولان الصحابة اختلفوا
في موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول علي وابن مسعود يموت حرا اذا ادى كتابته فيكون استيفاء لورثته
وعلى قول زيد بن ثابت يموت عبدا فيكون الاستيفاء لمن له القصاص للمولى بخلاف الاول لان المولى يتعين فيهما
وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء وله وارث
اولى ان يترك وفاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض لو مات ولم يترك
وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله واذا قتل ولي المعتوه
يعني ابنه فلابيه ... وهو حق المقتول في الاستيفاء لانه من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى النفس وهو
تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من يملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح
دون القصاص لانه شرع للتشفي والاب نفعته كامل لانه بعد ضرر به كضرر بنفسه فجعل ما يحصل للاب من التشفي كالحاصل
للابن بخلاف الاخ وله اي لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق
المعتوه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفس المعتوه
وهذا اي الاستيفاء من قبيله وينبغي ان يحمل هذا الاطلاق بدليل قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله
ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملكه وقوله وانه اي المال يجب بعقده اي بعقد الوصي
قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار اذا كان في اولياء القتيل صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب
او لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى
يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيبة من
حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء تهمة مع احتماله وهو لا يجوز وفي الصغير
ما يؤمن حال الاستيفاء فاذا انتفت الشبهة وهو حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة ثبت لكل
واحد كاملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما ولو تعدد القتيل وعفا احد
الاولياء فات لغيرهم ولاية استيفاء قصاص متلبد لاستحالة واحب الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا

وهو صحيح فيسقط القصاص وينقلب مالا لانظر الجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض
سقوط غيره وقوله ومسئلة الموليين ممنوعة جواب عن قولهما وكان بين الموليين وهذا منع بما ذكر في الاسرار لا رواية فيه بعينه
اعتقد جارية رجلين فقتل او قتل وله موليان فنحو ان يقال لا يجوز ان احدهما الا ان ينفرد بالاستيفاء وان سلمنا فلان الموليين انما لا
ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد فالواحد
منهما كنصف حر وشرط علته وقوله ومن ضرب رجلا بمر الى آخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكان بيانه اشارة الى
قول يفعل به كما فعل ان كان فعله مشروعا وقوله لهما اي لابي يوسف ومحمد والشافعي كان استدلال الشافعي بالحديث
واستدلالهما بالمعقول وقوله ولا مرأة في العصمة اي لا شبهة فيها وقوله ومنه المقصية للحكمين الحكم الذي يجب به
وهما حالهما وقوله وما رواه غير مرفوع لانه يدور على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال عليه السلام لا تعذبوا
احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد اومأ اليه اشارت البداية الى كونه محمولا على السياسة في نفسه حيث قال
غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين فرع على الابتداء وقوله في الكتاب محرم يعني ان اختلاف
الروايتين عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان الكفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة
عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون على التابيد عمدا وعدم
ما يبطل حكمه يعني عفو او شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطاء يريد به الخطاء في القصد
وقوله وكذا الدية منصوص عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ
الآية وقوله ولما اختلف سيوف المسلمين اي تواردت وروى ان سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في
بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه على انه مشرك فقضى رسول الله عليه السلام بالدية فوهبها حذيفة وقوله
ومن شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي
وقوله يغسل ويصلى عليه ان كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كانه مات حتف انفه من
غير فعله على نفسه وقوله ولا يصلى عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله فلم يكن هدرا بل كان
يتعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح **فصل** لما فرغ من بيان المسائل التي
توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عارضية ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه
واضح وقوله احل دمه اي اهدره وقوله والمعنى اي وتحققي الوجوب دفع الضرر لان الواجب هو دفع الشر على اي وجه كان
لا عن القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني
اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب
الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره يعود على المكره
فقتله وقوله قاتل دون ماله اي لاجل ماله وقوله فكذا استردادا في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس لما فرغ من بيان القصاص في النفس تعقبه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في
الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك ولا يرد
الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم تاخذ من الشاج لكبر راسه فان الكبر فيها اعتبر وخير المشجوج بين

الاقتصاص بعد ان شجته وبين اخذ ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين والاقتصاص بعد ما لم يقل شين الشاج
وباخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو
بعد ان شجته وبترك الصورة وان شاء اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ماثور عن الصحابة
روي ان رجلا شج احدا في زمان عثمان فسال عثمان الصحابة فلم يك عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه
عثمان فكان بمحضر من الصحابة وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا
وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في عظم الا في السن وهو اللفظ مروي عن عمر وابن
مسعود فان كان السن عظما فالاستثناء متصل والا فمنقطع فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها
بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلع وان لم يقلع لتعذر المماثلة فربما يفسد به لثاته كذا في المبسوط وان
كان غير عظم كما اشار اليه قوله عليه السلام لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الا
في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند
المص انه عظم حتى قال والمراد به غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء ومن كتب ذكر شيئا
بانه عمد وههنا انه عمد او خطاء ويحمل الاول على ان المراد به انه لا يمكن القصاص وذلك ان شبه العمد اذا حصل فيما دون
النفس ولم يكن القصاص جعل عمدا لما روي ان الربيع عمة انس بن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي
عليه السلام بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا توجب القود بل يكون القصاص جعل خطاء ووجب الارش وقوله
ولا قصاص بين الرجل والمراة ظاهر وقوله الا في الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص بين عبدين ايضا والشافعي اخذ
بقول ابن ابي ليلى وسلك في الباب طريق القياس لانه يعتبر الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص
بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها ولكنا الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة
للحر بخمسماية دينار قطعا ويقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فاذا المعتبر كان يد الحر والعبد لا يكون
مساوية ليد الحر يقينا فاذا امكن التفاوت معلوما قطعا امكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه اضاف
لنا اعتبره اصلا فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين
اجيب بان التساوي انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل
بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت في المالية مانعا مطلقا والشلل
ليس فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه حيث لا تفاوت في المالية ما كان ينبغي ان يعتبر فيما سلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه
يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي بها المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا من جهة الاكمل ليعلم انه لا يكون بلا خلاف الزيادة في الاطراف
ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز بدون البدل في الاطراف والباقي ظاهر **قال** ومن قطع يد
رجل من نصف الساعد كلامه واضح وقوله لان حقه يتعين في القصاص لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش

لم يكن له القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي الواجب احد الشيئين القصاص او الارش فاذا تعين احدهما لفوت
المحل تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا قد قررنا الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع اكبر من يده فلا حاجة
الى الاعادة وقوله وفي عكسه يتخير ايضا وهو ان يكون راس المشجوج اكبر من راس الشاج لانه اذا استوفى
المشجوج مثل حقه مساحة كان ازيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه
فيتخير بين الاقتصاص واخذ الارش والباقي ظاهر **فصل** لما كان تصور الصلح بعد تصور
الجناية ووجوبها اتبعه ذلك في فصل على حدة واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول عن القصاص على مال سقط
ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل انها
نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للاخر لان عفي اذا استعمل باللام
كان معناه البذل اي فمن اعطي من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع المعطى وهو ولي
القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها في عفو
بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فان المراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من جهة اخيه الذي هو
المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث
وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليؤد
القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤوا اقادوا وان شاؤوا
اخذوا الدية فالمص المراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني ان ليس للولي المال الا برضى القاتل
وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله نص نقبه بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعني كالاعتاق على مال وقوله
خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص
والدية جميعا عندهما ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على الخلاف في الدية خاصة وهو ان الشافعي
يقول النساء لا يستوفين القصاص ولا حق العفو قال وبهذا يعلم ان المذكور في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في
القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو ماخوذ من صنيعه لانه
لو لم يرد المخالفة لما عدم صحة ما نقله والمشهور من بينهما ما نقله وقوله لان الوراثة خلافة يستلزم عدم بقاء
اهل الزوجين من الحرمة وهو باطل ويحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي بالنسب لا بالسبب لانقطاعه
بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فحديث امراة اشيم
الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكر في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين
كذلك لان حق الزوجين لو لم يثبت بعد الموت ثبت للورثة ولا يقع للميت الا ان سبب الوجوب سببه وهو الجرح فكانا
كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله دخلت الدية فيها وتقضى منه ديونه وكان
علي يقسم الدية على فرائض الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل من يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح
وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد
انسان خطاء وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكل ما هو مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى

ثلث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله والواجب في اليد حق اعتبار وهو واضح **قال** وإذا قتل جماعة
واحداً عمداً اذ تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس ان لا تقتص لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي ان سبعة
من اهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون
وصنعاء اليمن قصبتها وروي عن علي انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة
متوافرة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق
غالباً الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب شرع زجر فيجب القصاص تحقيقاً
لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لانجر المفسد الى ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعلمه ان لا قصاص فيؤدي الى سد باب ٢
القصاص وللقائل ان يقول لما ذكرتم من المعقول كان تركه قياساً على مجمع عليه لكن معتبراً في الشرع وكان
ذلك يرد على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس ولكون انه تقايس على سائر ابواب العقوبات
المرتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويدل على ذلك قوة اثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله
ان النفس بالنفس لا ينافيه لان في ازهاق الروح الغير المتجزي بشخص واحد او جماعات كما في مسئلة العكس يحصل ازهاق
المقتولين قتل لجماعتهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على التعاقب وان
قتلهم جملة او جهل الاول يقتل لهم ويقسم الديات بينهم او يقرع وقوله وهو المتنبئ في الفصل الاول وهو ما اذا قتل
جماعة واحداً الا انه عرف بالشرع بدليل قضية عمر ولنا ان كل واحد منهم اجزى اولياء القتلى قاتل قصاصاً بوصف الكمال
لانه لا يتجزى لصلته الفصل الاول فان الجماعة يقتل بالواحد اتفاقاً ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك ولو كانت الجماعة
مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين وقوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح
يعني الاصل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلاً لانه صفة
الكمال والحكم انما حصل عقيب علل لان من الاضافة انها انما تضاف اليها توزيعاً ويجعل الاول باطل لعدم التجزي
فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلاناً فاجتمعوا على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي
وهو قوله عليه السلام الآدمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل
بقتله اي بقتل القاتل فالتفى ما بعد لا شيء لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر **قال** وإذا قطع
رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف ليكتفي بتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يده فلا قصاص اصلاً وقال
الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر من آخر وامرا حتى التقى السكينان فالحكم كذلك لان كل منهما لم يقطع الا
بعض اليد فلا يقطع به كل اليد وان اخذا سكيناً وامرا على يده حتى انقطعت قطعت يداهما اعتباراً بالانفس لكونها
تابعة لها والجامع بينهما الزجر ولنا ان كل منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحداً او مختلفاً لان
ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل اليد قصاصاً لانتفاء المماثلة
فان المحل يتجزى ان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل كل واحد قاطعاً كاملاً بخلاف النفس فان
الازهاق لا يتجزى وقد تقدم والباقي ظاهر وقوله واذا قطع واحد يميني رجلين فقد بين بذلك انه لو قطع يمين
احدهما ويسار الآخر قطعت يداه ولا يقال ينبغي المماثلة حيث لانه فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه

لان

لان المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة والزيادة على حقه وقوله والقصاص ملك
الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر جواب عن قوله لان اليد مستحق للاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل
ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحريته عنه وانه لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني
بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكاً وقوله ولو حضر احدهما قطع لحق الحاضر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد وحق
الاخر لمتى في الاستيفاء وهو موهوم عسى ان يعفو او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة
والاخر غايب يقضي بالجميع له لذلك وقوله لانه اوفى به حقاً مستحقاً يعني لانه قضى بجميع طرفيه مستحقاً عليه فيقضي للآخر
بالارش وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطاء لا يجوز سواء كان مأذوناً
او محجوراً اما المحجور فظاهر واما الماذون فلانه ليس من التجارة وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص
لبقائه على الآدمية وكل ما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر وكمن اوقع طلاق زوجته بالاقرار
بالايقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر ويتأدى الرمي اذا اصاب حيواناً
ومن قتل سمي جرحاً او قتله سمي قتلاً وان اصاب الكوز وكسره سمي كسراً فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمداً وبالنسبة
الى الاخر خطاء وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسامي مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في
تعدد الفعل الواحد بوصفين فعليين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى
امرين كالحركة مثلاً فانه يجوز ان توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطوء بالنسبة الى اخرى فكذلك يجوز ان الفعل ٢
يوصف بالعمد نظراً الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطاء نظراً الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقايل ان يقول
الخطاء يستلزم الاباحة لكونه سبباً للكفارات اذ هو لا يكون الا امراً دائراً بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطاء
تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيداً فاذا هو انسان او قصد مطلقاً المرمى الى
هدف فاصاب انساناً فكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي الى الهدف وذلك مباح الحالة وتماثلنا
مطلقاً الخروج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان
قطع اليد قد يكون قتلاً بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فحزها او رمى الى شخص فاصاب غيره
فمات فان ذلك خطاء لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلاً للغير فكان مخالفاً له من كل وجه **فصل**
ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمداً القطع والقتل اذا
حصلا في شخص واحد كان على وجوه اما ان يكونا خطأين او عمدين او يكون القطع خطاء والقتل عمداً او بالعكس فذلك
القسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فذلك ثمانية وضرب كل ذلك اما ان يتحقق من
شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجهاً فان كانا من شخصين فعل كل واحد منهما يوجب فعله من القصاص واخذ
الارش مطلقاً لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او احدهما
لهما مبني على الاصل ذكره المص بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفاء بموجب احدهما واجب لما فيه من تتميم الاول لان الفعل
في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني تتميماً للاول
ويجعل الكل واحداً الا ان لا يمكن الجمع اما اختلاف الفعلين وصفاً او موجباً او تخلل البرء فيعطى كل واحد حكم نفسه

فإن تخلل البرء فلا جمع أصلا لأن الفعل الأول قد انتهى فيكون الفعل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما
وإن لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الأوليين وإن تجانسا خطأ جمع بالإجماع لإمكان الجمع بانتفاء
المانع وهو تخلل البرء واختلاف الجنس واكتفى بدية واحدة وإن تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة الولي بالخيار
بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل ولا يقطع وقوله فإن شاء الإمام قال القطع ثم قال شمس الأئمة السرخسي
تشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي يعني من إليه القود قوله فإن شاء الإمام معناه من
له الخيار والأصل الجمع لمكان تجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين
لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع
لذلك عن الجزاء وإما لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز ولذا القطع
إضافة السراية إليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد بخلاف ما لو كانا
خطائين لأن الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولأن أرش اليد دليل آخر على جواز الجمع إذا
كانا خطائين وتقريره أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك إنما يكون
بالحز القاطع للسراية فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة
واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فإن قيل قصاص
اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان
قلنا بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة وهي إنما تتحقق باجتماعهما وهو في غاية التحقيق لأن العمد مبناه على
التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه
وأما الخطأ فبناه على التخفيف ألا يرى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا له
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرأ من تسعين
وسرى من موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة ما ذكر في الكتاب وقوله لأنه لما برأ منها لا يعتبر يعني إذا كانت
شجة فالتحمت ونبت الشعر فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش ولا في حق حكومة عدل وإنما يبقى في حق التعزير
على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد أنه يجب
أجرة الطبيب وإن ضربه مائة سوط وجرحته وبقي لها أثر يجب لحكومة عدل لبقاء الأثر لأن حكومة عدل إنما يكون
لبقاء الأثر وهو موجود والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس بأن لم يبرأ وليس موجودا وهنا يشير إلى أنه لو لم
يجرحه في الابتداء ولا يجب شيء بالاتفاق وإن جرحه ثم اندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة لأنه يريد الألم
بمجرد الألم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما وقيل هذه المسألة من الاختلاف ودليلها يأتي قبيل فصل
الجنين قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع عن القطع والشجة والجراحة أي بعفو كما يحدث منه عند أبي حنيفة خلافا لهما
فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لأن العفو
عن القطع عفو عن موجبه لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عن موجبه وموجبه القطع
أو القتل إذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفوا عنهما ولأن اسم العفو يتناول الساري والمقتصر فإن الأول بالقطع إذن

به بما حدث فيه حتى إذا قال شخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى إلى النفس لم يضمن العفو أذن انتهاء فيعتبر بالإذن
ابتداء وصار كما إذا عفى عن الجناية فإنه يتناول الساري والمقتصر فكذا هذا ولأبي حنيفة أن سبب الضمان وهو قتل
النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفو عن القطع وهو غير القتل لأ
نه بالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه وما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى
أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا
فكذا إذا عفى عن اليد ثم سرى وإذا لم يكن العفو معتبرا وجب القصاص والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد إلا أنا تركنا
لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فيجب الدية وقوله ولأن الساري نوع من القطع جواب عن
قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فإنه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف
يصح منع ذلك والجواب أن المراد صفة متنوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقته كما يقال عصير مسكر وقوله
بل الساري قتل من الابتداء لظاهر عن قوله نوع من القطع وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح ولما أزهق الروح به
عرفنا أنه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا جواب عن قولهما والقتل إذا سرى تبين أن القتل ليس موجب
للقطع من حيث كونه قطعا لأنه إذا سرى ومات تبين أن نفس القطع لم يكن له موجب أصلا إنما الثابت موجب القتل وهو
الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافا إلى غير محله فلا يصح وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل و
يغني قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في متن الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا
والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وخلافا وهو في موضعين أحدهما العفو عن القطع
وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية عندهما
إذا كان خطأ وعند أبي حنيفة يكون عفوا عن أرش اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرى
عندهما وعنده عن أرش الشجة لا غير أيضا أي أعلم بذلك إطلاقه أي إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله وإذا
قطع يد رجل فعفى المقطوع يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية
في الكتاب يدل على أنه في العمد لأن الدية في الخطأ على العاقلة وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة ودخول الخطأ إنما هو حصول عيب
وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمدا وقوله كما لو أوصى بإعارة أرضه يعني إذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه
بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال وفيه بحث من أوجه الأول
أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق حق الورثة الثاني أن الوصية بإعارة أرضه باطلة وإن صحت فحكمها
أن يسكن الموصى له يوما والورثة يوما إن لم يقبل القسمة وإن قبلها يعتبر الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال
فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال والجواب عن الأول أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما
لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل والقصاص في المال إنما يثبت
فيه تعلق حقهم لا بعد موت المورث كما ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لأن تدع ورثتك أغنياء خير من
أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء إنما يتحقق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به
لتصرف فيه فتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الإرث خلافة في

نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحها او ولائه حقيقة او نكاحها حكما في ما ادخل قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح
الرسالة في الفرايض وهو كما ترى لا يختص في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قوليه
القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بالمراد من قوله الوصية تبرع كما عرفناه عند ائمتنا والوصية تبرع خاص فيجوز ان
يستعار لمطلقه وعن الثالث ان المانع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو
انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا يصح في حصته ويجاب
المجروح لم يقل اوصيت لك بتلك الدية وانما عفي عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا ابتداء ولا مانع عنها الا
بريء انه لو وسعت لنا وسلم جاز **قال** واذا قطعت المرأة يد رجل اذا قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على
فاما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء
كان القطع عمدا او خطاء وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون
القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما
ان يكون القطع خطاء او عمدا فان كان الاول فلها مهر المثل والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية
في مالها عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما
يحدث منه فيكون من الهاء المهر عبرنا عليها مما يحدث منه ثم القطع لما كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في
الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا الاسيما على تقدير سقوط القصاص فان ذلك ما يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على
تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقول فلما
قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانها لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء
القصاص على نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فالمانع
ان يكون هو المهر اجيب بانه لم يتعين لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا اذا لم يصلح القصاص ولا تركه
مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والعفو لا يتضمن ذلك فلا يجب عليها الدية اجيب بانه
الى الحل بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما لم يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى
تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على
ما بيناه من قبل بقوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجبت لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا وان كان فيها
ترد عليه الفضل علم من ذلك واذا كان القطع خطاء كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين
انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على
العاقلة في الخطاء والمهر لها فاختلف من له ومن عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على
اليد وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر
مثلها وقوله ولم ادر العاقلة ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لكون وصية وقوله فاتفق
جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطاء وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية
وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلثة **قال** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات

فانه يقتل وان لم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
والشافعي لا شيء عليه على ما يجيء وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة
فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك
وقد شكك بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما ضمنا لاتلافهما بشهادتهما
ما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا ارتياب فيه واصله ليس اصل المسئلة
ذلك وانما هو بناء على انهما اوجبا له قبل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنا لايجاب البراءة لا بعلة
الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل انه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعا وقوله وانما لا يجب المال في الحال جواب عما يقال
لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى
حقه يعني ان ملك القصاص ضروري لثبوته مع المنافي وهو الحرية بحيث لا يظهر الا في حق الاحوال الثلث وهي استيفاء
النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يتحقق التصرف في القاتل بنحرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فيه في غير
موضع الضرورة والاحول لعدم ضمان الضمان وقوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة بان
القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما ولهذا اذا سرى وقوله ولما
اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما او ما عفا وما سرى وقوله والصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا ولذلك
قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له القصاص في الطرف فقطع اصابعه
ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم فرقوا بالفرق واما صاحب الاسرار فنعم وقال الامر انه لا يلزمه ضمان الاصابع
بل يلزمه اذا عفى عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا الى دليل وقوله بمنزلة الامام
اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله والمامور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدي ففعل فمات
لا شيء على القاطع وقوله فيجري العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها اي في
المسائل الفعل كما تقلد كالامام فانه اذا تقلد القضاء يجب عليه ان يجلي او يعقد كما في غير الامام من المسائل يعني
البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كما تجري الى الحرجي فيما
نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب الى الترك اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب
الاطلاق اي الاباحة فاشبه الاصطياد وهو لو رمي الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين
المستاجر والمستعير وبين ضرب الصبي باذن الابوين وقاطع يد حربي ثم اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستاجر
والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في الثلاثة الاول حصل
سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن فلو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا اذا اذن بسبب الهلاك
والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك من غير الاذن ومن قطع يد حربي ثم اسلم فسرى
كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع مع السراية يصير
من الابتداء لانه يستند الى ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان وكذا اذا صار قتلا
في الابتداء لانه يستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ما يحمد فيحتاج الى

القصاص لي اثباته بالبينة بغير الشهادة فيه باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل
ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما
على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الورثة وحق المورث عندهما ولابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث
حال حيوة المورث استحسانا كما اذا ذكر لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا فكان [illegible]
الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان
ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما اذ ذلك [illegible] ذلك قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وكان
كذلك كان خلفه حكم الدين وكان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا
لانه عوض نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك ثمة له كالملك في العوض كما في الدية
ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت يقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافة دون الوراثة
الى خلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت
ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت ولو انقلب مالا يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للورثة
وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي الدين يثبت له اي للميت لكونه اهلا للملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد
موته فانه ملكه يعني اذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره
وهذا انسب للقواعد الفقهية لما في الجملة من الاشتباه فيه بمحال وقوله فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران
تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لمن ذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما ادعيا العفو
قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا يأتي في الاقسام العقلية لانه اما ان يصدق تهما
القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب اولا هو
يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاهما
ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه
بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود عليه
ايضا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية كما ذكر في الكتاب وقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني
وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره كما تقدم ذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين
وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه
قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لانه زعم ان القصاص سقط بدعوى هما
العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما
بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم لفلان فقال المقر له هي ليست لي ولكنها لفلان جاز
وصار الالف لفلان كذا هنا **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا
قول المص احترز به عن الخطاء ثم قال وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة
كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن قد يكون خطاء فكيف يثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه

بالسلاح

بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد
ضرب غيره فاصابه واقول هذا التاويل رد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا لانه على عبارة الجامع
الصغير وهذا احترز عنه المص وقوله واذا اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف
الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية
في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله فان شهدا انه قتله واضح وقوله ولانه مجمل جمالة في الشهادة فيه
صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول يعني الابهام
والثاني يعني التضييع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم
لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان
لا يقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا
فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم يقولون لا ندري اختيارا وحسبة الستر على القاتل و
احسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا مغفورا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكاذب من يصلح بين اثنين فيقول
كذبهم هذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله او لكنهم ظاهر [illegible] اي يحتمل الكذب بقوله
وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع العفو مندوب اليه
كما ان الاصلاح مندوب اليه [illegible] ورد الحديث [illegible] وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك
يعني اذ احتمل ان يكونوا علموه واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك ويجب
الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبنيتان على ان تكذيب المقر له
المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف صح
الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد
يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر به بطل الاقرار لانه رد للاقرار وعلى
هذا لو قال المقر له ليس لي لكن لفلان [illegible] قوله قتلناه صدقتما او كذبتما لم يعتد واحدا منهما الآخر فمعنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت
لكل واحد منهما وجناه انت قتلت ويحمل قوله في ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذي الحال ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد الرامي والعياذ بالله
ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثته المرتد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه
وذلك ابراء للضامن لان من اخرج المتقوم عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئا
للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبرئا كما اذا ابرأه اي الرامي عن الجناية وحقه بعد الجرح اي بعد الرمي وهو الرمي
قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وهو كذلك فالمعتبر فيه وقت
الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولا يتضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد
والعياذ بالله ثم اصاب فانه يحل بعد الرمي لا يحرم لان فعله ذكوة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما
اذا كانت الجناية خطاء فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح ومن العبد انسب كما قال المص حتى جاز بعد الجرح قبل

الموت

لامكان اعتبار وقت الاصابة ههنا فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته فالفعل عمد فالواجب القصاص
اجاب بقوله الفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية
اي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي
ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وينتقض بما اذا رمى الى
صيد في الحل ودخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل
ولهذا يجب بالدلالة للمحرم ولسارته وصل الايكون اقل من ذلك ولو رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته
قبل الرمي الف درهم وبعده ثماني مائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال
ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد بعد العتق فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه ٣
المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت
السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين
قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا الى آخره ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين
هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاسلام حيث اعتبر ههنا حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان
المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالتنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي
العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع
والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية
لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فاذا ذلك بمنزلة تبدل المحل وانه لا يتحقق في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس
باتلاف شيء لعدم اثره في المحل وانما يقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فيجب قيمته للمولى ومن قال كان يخالفنا
في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين صيانة للنفس لكن القصاص اشد صيانة
فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة
من وعد **قال** ودية شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة
والكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله
فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذه الآية وهو نص في كونها بالتحرير والصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به
نص والمقادير تعرف بالتوقيف توكيده ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلالا من الآية بوجهين احدهما بالنظر
الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بعض
منه شيء ومثله بحال الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبدي حر ولكنه لم يقل
لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يحتمل الوهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكر لانه موضع الحاجة
الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني في اصول الفقه وتجزيه صيغة اصل ابوبه مسلم

هذا

هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة اطرافه
ولا يجزئ ما في البطن لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطاء لما تلونا يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطاء فتحرير رقبة ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت
مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية
قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة
واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله في بطونها اولادها
صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطاء المحض فان الابل فيه تجب
اخماسا وذلك اي كونها اغلظ فيما قلنا لانا نقول ثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله عليه السلام
٢ في نفس المؤمنة مائة من الابل وما رواه الاول ليس بثابت عنه عليه السلام ولئن ثبت فيرد لانه على صفة من التغليظ
ولانه ثبت بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا
وقال علي يجب اثلاثا ثلث وثلثون حقة وثلث وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود مثل
ما قلنا ارباعا والرأي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما روياه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن
اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني اذا قضي بالدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف
دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغلظ في النوع الآخر اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة
اسنان الابل في دية الخطاء والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطاء يزاد على عشرة آلاف
درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع
في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطاء وهذا المعنى موجود في النقدين فيجب التغليظ فيهما ولنا
ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه باب التغليظ الا غير الاتلاف
وخطائه في باب الحرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله كما قلنا اشارة
الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا قبل يعني في اول كتاب الجنايات **قال** والدية في الخطاء مائة
من الابل اخماسا اي منصوبا على الحال ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطاء وقد اجمعت
الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي عليه السلام
انه قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض
وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا
لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطئ معذور وقوله غير ان عند الشافعي استثناء من قوله وبه اخذنا
والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطاء وقوله
ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي الورق [illegible]

اثنا عشر الفا لما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي عليه السلام انه
قضى الدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تاويل وذكر المص تاويل ما ذكره الشافعي انه قضى من دراهم
كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما
ان المص قال روي عن النبي قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض
والثاني ان وزن ستة يزيد عليه اثنا عشر الفا فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتداء
عهد رسول الله عليه السلام وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في آخر عهده عليه السلام
يوجد من الدراهم وزن سبعة ايضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت
وزن ستة في الاشياء الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبا وقوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة
وقالا منها اي من هذه الانواع الثلثة يعني الابل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا
حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما
قال المص كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قاله في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل وقالا يدل هذا الا
انما نظرنا فيما اذا صالح القاتل ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة على ما هو مذكور في كتاب الديات
يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقولهما ان عمر هكذا جعل على
اهل كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على
اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة
وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي حنيفة ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية
وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يتقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانها تلافا وغيره فان قيل فالابل كذلك اجاب
بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة كما رويناه وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت
انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة
من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة ووجه ورودها ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من
الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك
يدل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول للتقدير عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين احدهما تقرير الشبهة بذكر
الخلاف ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمله رواية المعاقل على انها قولهما
وعلى بعض مشايخنا يعني في المسئلة عنه روايتين قال ودية المراة على النصف من دية الرجل ش دية المراة
على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي ومرفوعا الى النبي عليه السلام والموقوف في مثله
كالمرفوع لانه لا مدخل للراي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي
الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني ان
كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف
حال الرجل وكذلك قال البعض هذا في قول المص اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه الصواب ان يقال اعتبارا بها وبما فوق الثلث

وفيه نظر

وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس
وفيما دون النفس قال وبذلك ناخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف
وبه اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المص ويحتج في ذلك بان النبي عليه السلام قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية
وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع
اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع
اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت
فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه سنة وبه اخذ الشافعي وقال السنة اذا اطلقت
فالمراد بها سنة رسول الله عليه السلام والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالى
وللرجال عليهن درجة ومنفعتها اقل لانه لا يتمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف
في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث
المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة
يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة لرسول عليه السلام لما خالفوه قال
ودية المسلم والذمي سواء ش دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على
الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان مؤمنا
كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم وهو يدل على ان دماء غيرهم لا تتكافؤ
ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة والانوثة تنقص الدية فالكفر اولى وبان الرق اثر من آثار الكفر وهو
ينقص الدية فالكفر الموجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على انهما لا يعارضان قوله تعالى وان
كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في القتل المؤمن وعن الحديث بانه
مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المراة
لا تملك النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا
بد لها ان نقول كل شخص لغيره ما في بدن من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان المال اذا تلف ففي النفس اولى
وان ذكر لنا في تلك المسئلة الآثار روي الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله عليه السلام
وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روي عن علي انه قال انما بذلوا
الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روي عكرمة
عن ابن عباس ان النبي ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها قال وفي النفس الدية وقد
ذكرناه اعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيدا لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اول الجنايات
ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلاف النفس كما يقال في النكاح حل ومنه قوله عليه السلام في خمس من الابل
السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الانف وهو ما لان منه كل ما لا ثاني له في البدن

عضواً كان أو معنى مقصوداً يجب بإتلافه كمال الدية ومن الأعضاء ما هو أفراد كالأنف واللسان والذكر ومنها
ما هو زوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المرأة والأنثيين والرجلين ومنها
ما هو أربع كأشفار العينين ومنها ما هو عشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان و
والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل
الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال لأن غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود
كما إذا قطع لسان الأخرس وآلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن
السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالاً على الكمال وإنما
فيه حكومة عدل وأما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لأن إتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من
كل وجه تعظيماً للآدمي أصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها في اللسان والأنف وعلى هذا تنسحب
فروع كثيرة فإن كان جنس المنفعة أو الجمال قائماً بعضو واحد ففي إتلافه يجب كمال الدية وإن كان قائماً
بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وإن كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وإن
كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وإن كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح
وقوله قيل تقسم الدية على عدد الحروف يعني جملة الحروف تتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف
يتعلق باللسان قال في النهاية وهي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد
والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف تمام
عليه ثبات شرحها يلزمه ما يخصه من الدية وروي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي فأمره أن يقرأ
ا ب ت ث فكل ما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه ووجه البناء على
صحة القيل الأول وهو صحيح شيخ الإسلام وبأن إقامة بعض الحروف وهو لا يفتقر إلى اللسان تتأتى
بدون اللسان لكن لا يتم الإفهام الذي هو المقصود لأنه يتأتى بها الامتحان بالجميع وكذا إذا ذهب سمعه وبصره يختلف
طرق التعبير عن معرفة نحوها من الحواس فقيل إذا صدقه الجاني وإن تخلف على الثبات وبكل ثبت فواتها فقيل
يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر قول المدعي والإنكار وطريق معرفة السمع أن يتغافل
وينادي فإن أجاب علم أنه يسمع وحكى الناطفي عن أبي حازم القاضي أن امرأة تكارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء
عن النظر إليها ثم قال لها فجاءة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها فظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر
أن يستقبل الشمس مفتوحة العين فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق وإن لم تدمع علم أن الضوء ذهب وذكر الطحاوي
أنه يلقى بين يديه حية فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة
فإن نفر علم أنه لم يذهب شمه وقوله لأن كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها التتباع كل واحد منها للآخر
بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة لأن الأطراف تتبع النفس أما الطرف فلا يتبع طرفاً آخر وهذا يشير
ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة فيفوت بهذه المنافع بموت الموت ولكان في الموت تبعاً لا دون
عدمه على ذلك لم يرد غير ما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال على الكمال

رأس إنسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فإن مات قبل مضي السنة
ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالوا فيه حكومة عدل وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء
وقوله في الأذنين الشاخصتين أي لم تنقبضا وصفتهما الدنيا إزاحة السمع وقوله أنه يجب فيهما كمال القيمة هو رواية
الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله
هو الأصح احترازاً عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي
الخطأ والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمداً قيل وصورة حلقهما
خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم وقيل هو موجب القصاص وهو حلقه إذا كان
عمداً في المانع عند عدم الإمكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص ولا نص
في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب ولا شوه فيها
السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيها ما يتأذى أو يروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياساً
قال وفي العينين الدية الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والأشفار
جمع شفر بالضم قال في النص يحتمل أن يراد الأهداب مجازاً ولعله قال ذلك دفعاً لتخطئة من خطأ محمداً
في إطلاق الأشفار على الأهداب قالوا الأشفار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافهما والشعور التي
عليها تسمى الأهداب فقال النص يحتمل أن يراد الأهداب فيكون مجازاً بالمجاورة ذكر المحل وأراد الحال ويحتمل
أن يراد الحقيقة فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر
في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل إصبع
إنما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلاث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه
وقوله والأسنان والأضراس كلها سواء قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء أو يقال والأنياب
والأضراس كلها سواء لأن الأسنان اسم الجنس يدخل تحته الأسنان وفي الفم اثنتان منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة
اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما تلي الثنايا ومثلها أنياب وهي تلي الرباعيات ومثلها
ضواحك وهي تلي الأنياب واثنتا عشرة سناً تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها
سن وهي آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الأسنان
والأضراس سواء لعود المعنى إلى الأسنان وبعضها سواء فلو ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها
كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم ولا تزاد على الدية عضو يجب
الكل مقدار الدية سوى الأسنان فقد التبس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة
وهو خلاف النص وقوله لأن المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة
لا فوات الصورة فإن قيل لا نسلم أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب كل الدية بل الجمال أيضاً
مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية لعله أصلها أو لحي باستبقاء الآخر فيكون لحجره عن هو قعد
أجيب بأن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما إذا كان فالجمال تابع ألا يرى أنه إذا

قطع اليد الشلاء يجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت
الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه لما كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود
المتبوع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو
استقامة القامة وقيل في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهي تزول
بالحدوبة **فصل في الشجاج** لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسايله
ذكره في فصل على حدة **قال** الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع
اما ان يظهر الدم اولا والثاني هو الخارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الظهور اولا والثاني هو الدامعة
والاول اما ان يقطع بعض اللحم اولا والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بين
العظم اولا والثاني هو الباضعة والاول اما ان ظهرت الجلدة الرقيقة الحايلة بين اللحم والعظم اولا والثاني
هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني اما ان يقتصر على اظهار
العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان
يقتصر على نقل العظم وتحويله غير وصوله الى الجلدة التي بين العظم والدماغ ام لا والاول هو المنقلة والثاني
هو الامة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس
لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء
انحصار الشجاج فيما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بقوله
وهو واضح وقوله ولا فيما فوق الموضحة يعني مما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والامة وقوله
فيما قبل الموضحة يعني الست المتقدمة عليها من الخارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يقدر قدر
غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها
انما هو على رواية غير الاصل واما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله وفي الجايفة ثلث
الدية قال في الايضاح الجايفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل على انه ما
وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا او ما فوق ذلك فليس بجايفة قال في النهاية
فعلى هذا ذكر الجايفة هنا في مسايل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج يختص بالراس والجبهة والوجه
والذقن وقوله وهذا الخلاف عبارة لا يعود الى معنى يرجع الى ماخذ الاشتقاق لمحمد رحمه الله ان
المتلاحمة مشتقة من التحام الشيئين اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها
لانها تقطعه وقوله واما اللحيان يعني العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد يتحقق فيه معنى المواجهة
قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانه تركنا من الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت
العبرة للحقيقة وقوله ينظر الى التفاوت ما بين القيمتين مثلا ان كانت قيمته غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة
تبلغ خمسمائة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضيخان
والفتوى على هذا وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا

فانه

فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة
يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام وهذا اشبه الى الصحيح
لحديث علي فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد **فصل** لما كانت
الاطراف دون الراس ولها احكام على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية
على ما روينا من قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس
المنفعة الخ وقوله ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه
لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب
فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في اية السرقة وقوله وان قطع الكف من
المفصل واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح
من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش
مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالراي وهو ادنى من
النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الراي ضروري وقوله وهو رواية عن ابي يوسف ان ايجاب الارش
المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة للتقدير الشرعي نصا لم يفرق بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا
او اكثر لان للاصبع الواحد ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحد وكذا المفصل الواحد من الاصبع وفي ظاهر
الرواية لان له ارشا مقدرا او ما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله وفي الاصبع الزايدة حكومة عدل يعني
سواء قطع عمدا او خطاء وسواء كان للقاطع اصبع زايدة اولا اما اذا لم يكن فلانه لا يجد محلا وقطع اصبع اخرى لا
يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم يوجد لان
قيمة الاصبع الزايدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزايدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له
اصبع زايدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزايدة حكومة
عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يتيقن بها وقوله لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه
ولا زينة قيل عليه منقوض بما اذا كان في خد رجل شعيرات متفرقة وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لا
يجب فيه حكومة عدل لما ان الشعر جزء من الادمي ويكمل به الانتفاع واجيب بان ازالة جزء الادمي
انما يوجب حكومة عدل اذا بقي من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزايدة وازالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا يكون
كالوقص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية اي الزايدة لما قلنا يعني قوله لانه جزء منه
السن جزء منه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامراة شغواء
فانها وان كانت زايدة وهي نقصان معنى وقوله والظاهر لا يصلح حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا
الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو عتق صغيرا لا يعلم صحته يجزيه من الاعضاء يقينا يخرج عن عهدة
الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع **قال** ومن شج رجلا فذهب
عقله او شعر راسه دخل الارش في هذا بيان ان الجزء قد يدخل في الكل قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان بذهاب العقل

في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم ومن حيث ان العقل الذي هو موضع بقاء البدن فصار كالروح للجسد وقوله
وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر ليس الحرتية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط ارش الموضحة لبقاء
الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمستقيم الا ان يكون معلولا وقوله وقيل تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب
وفوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل ودخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت
يد وقوله وجوابه ما ذكرناه قيل يعني بقوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقيل
تعلقا بسبب واحد وهو ما شمل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال في النهاية
ذكر ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو سهو الكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر محل الاشكال
ابي يوسف كما هو في الايضاح اولا يذكر احد اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني
ومن الذي ذكر ان الاشكال عما يجب في الموضحة وهي السمع والبصر عند ابي حنيفة وعندهما
يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله وجه الاول موت ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواحدة
بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله على ما بيناه يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله
وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع والكلام مستطن قيل يريد به ان الكلام النفسي بحيث لا يتسم
فيها المعاني ولا يقدر على نظم الكلام فاذا زال ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسر جدا وان كان
المراد به التكلم بالحروف والاصوات فهي محل بسيط نظر وقوله وقالوا يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي
ان يجب الدية فيهما اي في العينين والارش في الموضحة وقالوا في الموضحة القصاص قالوا اي المشايخ وينبغي ان
يجب الدية في العينين وقوله فيهما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا يجب في
الموضحة القصاص وفي العينين الدية ولابي حنيفة الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصدا
قد لا يكون سارية اولى في وجود فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص لان الجناية الثانية فعل
واصل وسراية الفاعلة اي الثابتة حالة الشج وكان المحل اي محل الجناية يتيقن واصل مزهق لاتصال احدهما بالآخر
ونهاية الجناية توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفس
جواب عن قولهما لو مزق محل رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله وهو خير ذلك انا جعلنا الفعل واحدا
من حيث ان الثاني حصل من سراية الاولى وهناك لو قتل فان السراية انما يكون بتعاقب الآلام وهو انما
يتحقق في شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا وضع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل
عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها ينقض للاولى وحدوث الثانية فما بال مسئلتنا
لم يكن كذلك ووجه الفرق ان الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين
بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية
وهذا التوجيه ينفي فهم ما قال في النهاية اذ في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان القصود ما ذكره في الذخيرة
انه مقصود ولكن ليس من اثر فانه يرجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر الخصم فرقين بناء على ما
ذكر من الدليل الاول بالنسبة الى الاولى والثاني الى الثاني وقوله وقالوا وفرق تركيب غير جائز ولو قال

وقالا فيهما وفرقا كما ذكرناه آنفا بين ما ذكرناه وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا بين قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه
الخ وقوله انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على ما مر من الرواية بين ذهاب البصر من الشجة بين ذهاب
السمع منها فاوجب القصاص فيما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على راسه حتى ذهب
سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه بان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية
الموضحة وقول بخلاف الخلافية الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الخ جنبها اخرى وقوله الا ترى
ان الشجة بقيت موجبة بنفسها حتى وجب بها مع دية العينين عند ابي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش في
العينين عندهما وقوله فتأكلتا اي صارتا واصحا بالاكل فهو على الروايتين تأنيث اي الرواية المشهورة وروايتان
سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن رجل
فنبتت مكانها اخرى بحكومة عدل لكان الالم الحاصل يقوم وليس هذا الالم ويقوم به هذا الالم فيجب
انتقض منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبت سن الاول يعني بغير علاج وان نبت مع علاج حكومة
عدل وقوله ولهذا يستأني حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لان الحول
هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر ولا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله الخصاف ان الحول يشتمل
على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بسن الانسان فجعل فصلا منها بوفق مزاج المجني عليه فيوقع في
اثباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في
البالغ والصغير جميعا بقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأني حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله فلو خلعا
قبل السنة اي قال الطرفان اسقط سني فمرك وقال الضارب بسبب حتى وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني ان
التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذلك اي
في سقوط السن بفعل المستحق وقوله سببين الوهمي اي وجد قوله لاشيء على الضارب وجد حكومة الالم وقوله لانه يجب
الارش يعني كاملا وقوله والذكر بالذكر يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود به ويفصل بين ما اذا كانت السن
من الاضراس التي لا ترى ومن الاسنان التي ترى وقالوا ينبغي ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس
فالمعتبر في وجوب كمال الارش قتل منفعة المضغ بالاسود اذ دون الجمال لانه لا يظهر فيفتح حكومة عدل وان كانت
مما ترى فالامر بالعكس ويلزم الاصفرار وهو كالاسود عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة
عدل لانه لا يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصغرة قل ما يكون لون الاسنان في بعض
الاسنان وانما تكثر فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا يكون لون الاسنان بحال
فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بارزة قال وهو صحيح رجلا فالتحمت كلام ظاهر وتعليل ابي حنيفة
وابي يوسف من الوجوب قبيل هذا بقوله وبين الوهمي بعد من وقوله لان ابا حنيفة يقول ان المنافع الخ
جواب عن قول ابي يوسف ان الالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انا لم نر اجرة الطبيب ونحن نجعل الالم المنافع
وعلاج الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا يتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والفاسدة الصحيحة او شبهته
كالاجارة الفاسدة والصغيرة الفاسدة ولا يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزم شيء وقوله ومن ضرب رجلا

يعني اذا ضرب بجلاً فرجه فبراء منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان برىء حر فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره
هو على الخلاف فيمن جنى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف
ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وقوله لان الجناية تحبس واحد لكون كل واحد منهما خطاء وقد تقدم امثلة
هذا للمسئلة وقوله ومن جرح رجلاً فبرأ جرحه واضح وقوله لانه قال وجب بالقتل ابتداء يعني لا يعقل بحل
بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمداً كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية المتقدم ذكرها لبيك
خلافاً للشافعي وقوله لاستيفاء الى زيادة يعني المحل فانه زاد على المؤجل حيث الوصف في المالية وهو معروف
فلا يجاب الا حالا بالقتل لكون زيادة على ما اوجبه الشرع وتمام التغليظ بما عتبار العمدية قدراً لا يجوز
وضعفاً لانه تابع للقدر وقوله ما روينا يعني قوله عليه السلام لا يعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً وقوله
عمداً اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا يجب الكفارة بدل بالمال وانما قيد بذلك لانهم اجمعوا على ان التكفير
بالصوم لا يجب عليهم وقوله ويحرم عن الميراث على اصله اي ثبت من الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث
على اصل الشافعي لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فلذلك تكلم هنا لما تحلف عنها احد
حكمي القتل ومن الغصاص تسحب عليه الحكم الاخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك **فصل في الجنين**
عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي ومن الجنين الذي هو في حكم الجزء من الام واذا ضرب بطن امرأة
فالقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر الدية غرة في المال خيل كالفرس والبعير الخصي وسمي بذلك الجنين
غرة لان الوجه عند العبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وهو غرة الجنين وقد تقدم ذكرها في باب الدية
قال المصنف معناه اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل ومن الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكانها
خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة الاف وهو الف وخمسمائة وهو قول زفر لا يجب شيء
لانها لم تعلم حيوة بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك قلنا قبل الظاهر انه حي
او ميت للحوق قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ثم عندنا وجب
الاستحسان لما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وروي وخمسمائة
فرفعنا التعارض بالاثر روي الامام المحبوبي في اثر هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال
السائل والمرأة الحال ليخ مزاتت بضربها ولم ينفخ فيه الروح فماتت بضربه يجب دية كاملة وان نفخ
فيه الروح لا يجب شيء فسكت ساعة فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف
بمثل ما اجاب زفر فخاجه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد اي ثبت ذلك بالسنة غير انه يدرك بالعقل وهذا
دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قول زفر هو القياس كما ذكرنا آنفاً ويحتمل انه رجع عن قوله
الى الاثر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشر الاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة
الى الجواز لا يثبت في الدية ثبوتاً صحيحاً الا من حيث اعتبار صفة الآدمية قوله وان كانت خمسمائة درهم قيل قيد به
احتراز عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم ففي جنين الامة ما نقص من ثمن الضارب مطلقاً قام غير
تفسيل بالبلوغ الى خمسمائة على ما مجيء وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تأمل

لكونها على العاقلة وقوله في المذاهب في مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الام حتى فصار كقطع اصبع من اصابعه
وقوله دون غيره اي دون ديته لم يخاطب من الوحي ومن الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم
المفتوحتين قال كنت بين جاريتين ضربت احديهما بطرف صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنيناً
ميتاً فاختصم وليها وهو الى رسول الله عليه السلام فقال عليه السلام لولي الضاربة دون فقال الحوا انترى من
لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني
واراجيز العرب وقوله قدر الحديث ففيه التخصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العوام قالوا جوابا عما
يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقدر معين وهو الذي ذكرتم خمسمائة درهم وقد
علمت ما في هذا من التعرض وقوله لانه بدل العضو اذا كمل ثلث الدية او قل كالرجل نصف العشر من الصحيح في
النسخ وفي بعضها او الكف وفي بعضها والكف قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان الرجل عشر الاول من ثلث الدية
الكف نصف العشر وهو ما يلوى اذا كان الكف صحيحة لا قل ولا اشد ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا
وفي بعض الشروح ان يقيد بالكف اي يقيد لانه لو كان نصف العشر كالحكم ذلك وقوله بخلاف اجزاء
الدية لان كل جزء منها على قدر يجب في ثلث سنين صوته ان يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطاء
فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ما يجيء في العاقل وقوله ويستوي فيه اي في
وجوب قيل الغرة بانه عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وهو قول عليه السلام في الجنين غرة عبد
او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله وان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى وفي الجنين
تثنية الحي الوليدين للتفصيل الذكر والانثى ومعناه اما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين
في الدية لتفاوت معاني الآدمية في الكتابة فان الذكر مالك والانثى مالكة والمملوكة تكاد ان تكون
بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتساويان لتعادل واحد وهو خمسمائة وقول زفر
الفقيه حيا تم مات اقل الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من ضرب موت احدهما مع الضرب وحياة الآخر
من الاولاد اما ان يكون في حال حبوتها او في حال عماتها او في حال حبوة الام وعماة الجنين او على العكس والاقسام
مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فما اذا القت
جنيناً ميتاً احتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول
ما ذكر في هذا من الفضل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا واول ما نحن فيه
معناه لا في هذا الاحتمال موجب واصل وما نحن فيه وجوب وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع
الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وعمر البطن فلا يلحق بذلك الا قياساً والاول اقوى على اصل
القياس وهو معدوم ووجوب الضمان **قال** ويجب في الجنين ما روت عنه كالعبد واضح وقوله وفي جنين
الامة يعني في جنين الامة اذا كان ذكراً وذلك الحمل من المولى والام للغرور نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر
قيمته لو كان انثى وطريق ذلك ان نقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على امه وهيئته لو كان حياً فينظر كم
قيمته ويجب بنصف عشر ذلك ان كان ذكراً وعشر ان كان انثى وانما قيد بانه يكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه

لو كان منهما الرتب الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان
تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن قوله لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان
يعني في الاصل الذي انه اذا قلع السن فنبت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام
نقصان قوله على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيتقدر به اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وكذلك
ابو يوسف من اعتبار الرواية عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد
وهو الظاهر من قول ابي يوسف وعنه في رواية انه يجب الانتقاص الام ان تمكن فيها نقصان وان لم يتمكن لا يجب شيء
كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني وجبنا القيمة اعتبارا بحالة التلف وان اوجبنا قيمته
حيا اعتبارا كما في حبوته اعتبارا بحالة التلف لا بقيا منه اعتبارا بحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته
حيا الحول ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا منه [illegible] وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب
يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف وقيمته مضروبا تسعمائة يجب على الضارب مائتا
درهم وقوله على ما نذكره في ما بعد هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة من قطع يد عبد فاعتقه
المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا يتعدى الى الجنين المطلقة
وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا يرى انه لم
يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم اما انه قتل بلا واسطة واما الكثرة وقوعه

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج
وقال فخر الاسلام هو جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به ههنا
ابعد الناس منزلة اي ضعيفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء في اباحة العمل وفي
الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمبسوط في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين
العلماء قال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم
يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه
وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه ماذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له
الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة وقال [illegible] ذلك اما على قول محمد فظاهر
لانه جعله كالماذون من الامام فلا يرفع بعد ما وضع واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه والذي
يحدث يريد ان يجعلها في يده خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده
من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة وهو المذكور في الكتاب فقوله ويسع للذي
عمله [illegible] الانتفاع به وهو ظاهر وقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني [illegible]
[illegible] في الاقتصاص [illegible] الضرار [illegible] وهذا الكلام فيما اذا كان [illegible]
[illegible] فاذا كان غير نافذ [illegible] رسول الله [illegible] والذي في الباب

الواسع على السكة والمراد بالسكة ههنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة
وليس ذلك بعلة الملك فغير نافذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقام
وجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا استاذنوا او لم يكونوا وقوله واذا اشرع
في الطريق روشنا وهو المعلو بيان لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن
وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة
والمدفوع كالآلة وقوله واسقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل والخارج
او اصابه جميعا او علم ذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل
حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقاتل حقيقة والا لساوى الملك غيره
كما في الحجر قيل ان كان هذا الحقيقة فالقياس يقتضي الوجوب في الضمان والكفارة وحرمان الميراث وان لم يكن فالقياس عدمها
فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق الذي ليس
ذلك له واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني بعد
تيقن انه قتيل الجراحة ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان
فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا ظاهر وقيل المشتري ايضا متعين بترك الرفع مع امكانه شرعا
واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن لم يكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل
عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب واستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم الى صاحبه
بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم
اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورته مخرج الجناح
هو طريق التسليم تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو وضع جمرا اي جمرا قيل فيه تلويح الى ان الريح اذا هبت بشررها
فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله وقيل
اذا كان اليوم ريحا يضمنه هو اختيار شمس الائمة السرخسي والاول يعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني
وقوله وقد افضى اليها الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استاجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل
وهو على وجوه اما ان قال للمخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري فان له حق ذلك ولم يعلم الفعلة غيره فقال افعلوا
فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه رجع
فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استاجر ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فالمستحق ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح
على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان الحق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوا فسقط واتلف
شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولا يرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على
جواب القياس لانهم باشروا ذلك بانفسهم وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح
شاة جاره له فذبح يضمن الذابح للجار ولم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان الامر صحيح من حيث
ان فناءه مملوك له وصحيح على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حتى لا يجوز

لا بعينه من حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ
منه عملا بهما وانما جعلنا الصحة بعد الفراغ من العمل لانه في اظهارها قبل الفراغ الزام الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع
بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله لانه صح الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفناء
داره فبالنظر الى من كان امره معتبرا ووقع فعله عمارة واصلاحا فانتقل فعله اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه نفعل
بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء وقوله كما
في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضروريات السكنى وهو باعتبار حق الملك بحقيقته وقوله لانه صاحب
علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في بناء حانوت قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل
ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد من حوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فيعمل اي ينشب وتعلق بالبناء وقوله
يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي
يدل على ان هذا الجواب الذي ذكر في الكتاب فيما اذا لم يكن الاجير يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحفر له
بيرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان
الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر **قال** ومن حفر بيرا في طريق المسلمين كلامه
واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان لفظ الامام
والافتيات الاستبداد بالراي افتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولكن الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله
بامر من له الولاية في الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله مما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من
اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البير وقوله وغيره يعني مما لم يذكر في الكتاب
كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذلك ان حفر في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام
فحفره في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفر في ملكه ولم يذكر باذن الامام وقوله وكذا اذا حفر في فناء
داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان يحفر الحد او
لاذن الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو انه يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين
او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما او اختناقا
بالعفونة قال في الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا شبهة من تعليله قول ابي
حنيفة انه جوع على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه معه لانه لو حبس رجلا في بيت حتى مات غما فانه
لا ضمان عليه بخلاف الموت فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثره من الوقوع
لوجوب الضمان وقوله وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير وطريقا للعامة لكنه غير
مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت
ظاهرا اذ لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا
عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فينقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر
وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المامور مغرورا

كما لو

شرح

كالامر بذبح شاة فظهر انها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشر
فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيتعين محلا
١٢ وان الاجراء الضمان على تقدير صحة الامر على ان غير مملوك له فلا ينتقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم فيبقى الفعل مضافا
اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لا يصح امره
بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح
فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه المص في ذبح شاة غيره بان
الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي ظاهر قوله
فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف فيه فان قيل قوله ليس له فيه حق الحفر يخالف
هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة معه قلنا لا نسلم ذلك اجيب بان قوله ليس له فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس له ذلك في
الغدير وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن
الامام كلامه واضح وقوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع القنطرة فلان الثاني فوت حقا على غيره فان التدبير في
وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنايته بهذا الاعتبار والجناية تعدي
لا محالة وقوله وهو من اللفظ يعني به قوله فعطب به وهو ضمان يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول
عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان فذلك لا يشمل
التعثر به بعد لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك
الشيء فعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين يتبين في بعض الشروح حمل قوله وهذا
اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان وهو بالنسبة الى الرداء ناسب لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه
غير متصور ولعل المص نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله تخريج بالتقييد لما ذكرناه يعني بوصف
السلامة وقوله ما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوالق والدرع في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما
يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن
يعني لو فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله كنصب
الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف قال ابو الليث وبه ناخذ
الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المص اختار قول ابن سلام ان القوم اولى
بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة لو سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف
ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرر الجماعة وقوله وقصد القربة لانها في الغرامة جواب قولهما انه من
القرب وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطها ان يكون الشهود
اربعة ثم تسمع شهادته فانه انتقصت انقلبت قذفا واستوجب الحد **قال** وان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلوة او لم يكن فيها فان كان
في الصلوة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلوة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان

قاعد الغير ما ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أي تعليم الفقه والحديث أو للصلوة يعني منتظرا لها أو نام فيه في أثناء الصلوة أو في غيرها أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث قال الحصر فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل الضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لأنه قال وإن كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشتمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلوة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما أن المسجد إنما بني للصلوة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله وأنتم عاكفون في المساجد وقوله ولنا أن المسجد إنما بني للصلوة لأن المسجد موضع السجود ألا يرى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له أن يزعج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضعا للصلوة دون العكس وعرف الناس المسجد إلا لأجل الصلوة فيه ولا دلالة له لأنه لا يلزم الإثبات على ما سوى الأذى والعكوف فهو لمكمل الكلام فيه وكونه من ضرورات الصلوة مسلم لكن لا يرتفع التفرقة بين الموضوع الأصلي والملحق به والباقي واضح

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب المحضر والروشن والجناح والكنيف وغيره ألحق مسائله بها في فصل على حدة قال وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين أخذ الشافعي في هذه المسألة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا استحسنوا إيجاب الضمان وهو مروي عن علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع الضرر العام كالرمي إلى الكفار وإن تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس وقوله وتحملها العاقلة قال محمد إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم إليه في النقض وعلى أنه مات من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به على الغير وقوله والشرط التقدم إليه وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه واهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي أن يهدمه فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها وأن يكون الحائط ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد وقوله والشرط هو التقدم دون الإشهاد حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه وقوله لأن فعل هؤلاء كفعله أي فعل الوصي والأب والأم كفعل الصبي كنفعه إليهم كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه فإن قيل لو كان كذلك لما ضمن القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصي أجيب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصبي ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ وصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير أو أنهما في ترك الهدم بعد إن للصبي وينظران له

نكان

فكان الضمان في ماله فإن قيل الوصي إذا ترك النقض بعد التقدم إليه حتى ضمن مال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وإن سقط لا يهلك به شيء فكان تركه نظرا للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عنق العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان المال كالحر لأنه يتعلق الجرعة في اكتسابه بسبب ذلك وفي النفس ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لأن فك الحجر بالإذن لم يثبتا ولذلك كان الضمان على عاقلة المولى وقوله لأن الإشهاد على المولى من وجه أما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر لأن الملك في الدار للمولى رقبته وتصرفا والعبد خصم من حيث الإذن ألا يرى أنه لو ادعى إنسان حقا في دار بيد المأذون له ينتصب خصما فكان الإشهاد عليه إشهادا على المولى من وجه وأما إذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما إلى المولى من وجه وتقدما إلى العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يثبت وكذلك في ضمان الأموال تقدما إلى العبد لأنه كالحر فيها وقوله ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه يعني لو هلك إنسان بسقوطه بعد ذلك يضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه مذكور في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئا أما الذي تقدم إليه فلعجزه عن النقض فلم يكن التقدم إليه مفيدا وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب أن الإشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب لا يضمنه أي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لأن التفريغ عنه أي القتيل الأول يرجع إلى الأولياء لأنهم الذين يتولون دفنه وطولبت بالفرق بينها وبين ما إذا وقع الجناح على الطريق فتعثر إنسان بنقضه وما إذا تعثر رجل بالقتيل ومات فإن ضمان القتيلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن إشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا إلى فعله لحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وإزالته تفريغ الطريق عنه بخلاف مسألة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الأول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكر في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وهي مما أصابت إنسانا فلا ضمان عليه لأنه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليهم يعني على كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله أي لأن في حقيقة أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر لأن أصل ذلك أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل أي ذلك الأصل يعني أن الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك ألا يرى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فبترك الإشهاد في حق الباقين

لا يزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى من أخرج من سكة ابين فيقال لهما اجتمع في حقه صفتان أحدهما موجب للضمان
وهو التعدي بالخروج في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الخروج في ملكه فيجعل المعتبر جنساً و
والمهدر جنساً فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين
وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله لان اعتبار
المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية يضاف اليه لاذا أضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه
وبعضها غير معتبر فيجعل غير المعتبر شيئاً واحداً أو نقول فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه
في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله ما أوطأت الدابة الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا لاوطأ
محذوفاً وتقديره أوطأت الدابة ما أو رجلها انساناً فيكون من باب فلان يعطي ويمنع وقوله أصابت بيدها أو
لما أوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشيء بجسدك ومنه
اصطدم الفارسان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها واعلم أن جناية
الدابة لا تخلو من أوجه ثلثة لانها اما أن يكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فان كانت في ملك
صاحبها ملكاً كاملاً أو مشتركاً متساوياً أو متفاضلاً فاما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون فان كان الثاني لم يضمن
صاحبها ولو نفحة كانت الدابة واقفة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت وان كان الاول فاما أن يكون
سائقاً لها أو قائداً أو راكباً لها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها الا اذا أتلفت نفساً أو مالاً
لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال الاثر بفعله الى المتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما
يضمن اذا كان متعدياً ولا تعدي في ايقاف الدابة أو تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهي تسير فان وطئت
بيدها أو برجلها ضمن وان كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب
الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعاً والمباشر ضامن متعدياً
كان أو لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان أدخلها صاحبها
فيه أو لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على
كل حال سواء كان معها سائقاً أو قائداً أو راكباً أو لا واقفة أو سائرة لان صاحبها اما مباشر أو مسبب متعد لانه ليس
له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين فان أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما
أتلفت في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت
سائرة فاما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن فان لم يكن فاما أن أرسلها أو انفلتت فان كان الاول يضمن ما أتلفت
ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني
فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكباً كان أو سائقاً أو قائداً الا النفحة بالرجل
أو الذنب لانه مباشر أو مسبب متعد والغرض من هذا الاطناب بيان قول المصنف الراكب ضامن لما أوطأت الدابة
الى قوله وكذا اذا صدمت لانه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان من الجواب ان استقام في قوله ما أصابت

بيدها

بيدها أو برجلها الاستقامة في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفاً وذكر الاصل الذي
يتبنى عليه هذه الفروع فقال والاصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه
وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس لما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب
مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع وأما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه
يستدعي الاباحة مطلقاً والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً فقلنا بالاباحة مقيد بشرط السلامة عملاً
بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله والمراد فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالكفارة لان المعنى الموجب في
المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير عليهما أراد الاختلاف لانها في ايديهما وتحت تصرفهما وقوله ثم هو يعني الايقاف
الذي ضرر البلاء من جواب عما يقال سلمنا أن الايقاف ليس من ضرورات التسيير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فليلحق به
ووجهه أنه أضر منه لان أداء الايقاف أدوم من التسيير فلا يلحق به قوله والسائق ضامن لما فرغ من بيان أحكام
الراكب بين أحكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها والنفحة فسرنا بذلك
ليلا يتوهم أن المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال
بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف وبابعاده عنها وقوله
وقال أكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله لما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله وقوله عليه السلام
الرجل جبار معطوف على قوله لما ذكرناه ويعني جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله
وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي ان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح
لان مناط الانتقال تخويف القتل وهو ههنا تخويف الضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياساً
على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة
ذلك لانه غير ضعيف والجواب القوي ما ذكر بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار رواه برمته
الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله
وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان يعني لان
كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت الدابة بالوطء وكذلك
الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافاً اليهما فيضمن والمسبب انما يضمن
مع المباشر اذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة
وترك تخصيص العلل وتلخيصه فانه مظانه **قال** واذا اصطدم فارسان فماتا أي اصطدم
الفارسان أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في
الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي كلا
الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق
الخ وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضاً ان يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتتعارض جهتا الترجيح والثاني
ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحاً والجواب عن الاول أن ما ذكره منقوض بالواقع

في البئر بشيئه فيكون فاسداً وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر جواب عن المسائل
المذكورة في جهتهما وذلك لأن الفعل المباح إنما كان مخطوراً إذا كان موجباً للضمان وكونه مخطوراً في حق نفسه لعدم العابر
فسقط إيجابه الضمان في حق نفسه ولم يعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن
فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجباً للضمان في حق نفسه أصلاً لا كان صاحبه قابلاً له غير معارض له
في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن سقط في البئر ضمن الحافر وإن كان السقوط بالحفر
والمشي جميعاً لكن لما كان المشي مباحاً لم يعتبر وقوله بناء على الذي ذكرنا إذا كان حراً في العمد والخطاء
أي وجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطاء الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب إلا أنه ذكر
الخطاء في موضع العلة والعمد بناء على قول الخصم وقوله فيأخذه أي قيمة العبد ورثة المقتول الحر مثل ينبغي
أن يسقط عن العاقلة لأن الدية أو أثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة تحملون ههنا موجب
جنايته فيما ملك الميت تحمله العاقلة يسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطاء فتزوجها على اليد
وما يحدث منه فإن الدية تصير مهراً وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط إنما يكون فيما إذا كان الراجع هو الجاني
يسقط والنظر إلى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك والباقي واضح وقوله لأنه لا قاصد حفظ من
الأشياء يعني السرج وسائر الأدوات كما في المحمول على عاتقه إذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان بخلاف
اللباس فإنه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر قبل هذا في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطاراً
القطار الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح **قال** وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار
رجل ربط بعيراً إلى القطار يقوده رجل فأما من يعلم بربط القائد ولم يعلم فإن كان الثاني وقد وطئ المربوط
إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه كان يمكنه التحرز عن ربط البعير فإذا ترك ذلك صار متسبباً متعدياً والتسبب
في مثله على العاقلة كما في القتل الخطاء ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لأنه هو الذي
أوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير
ووفق الإمام المحبوبي بينهما بأنه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فإنه في الحقيقة على القائد وعلى الرابط لأن
العواقل تتحمل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وإن كان الأول لم يرجعوا على
القائد حين علم بالربط فقد رضي بالجهة من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره وقوله وإنما الا
الضمان عليهما أي نوع أعظم وقوله قالوا يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ
قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يسير أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها فإنه
يضمنها القائد بلا رجوع على أحد الوجهين ذكر في الكتاب وقوله ومن أرسل بهيمة يريد كلباً لقوله بعد ولذا لو أرسل
كلباً ومعنى سوقه إياه أن يمشي خلفه ولو أرسل طيراً أي بازياً وساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيداً مملوكاً لم يضمن
المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والإرسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء ١٢
وقوله انقطع حكم الإرسال لأنه إذا لم يكن له طريق سواه أي سوى طريق اليمنة واليسرة بأن جاء على الجادة فأخذ في
وحل فيجب لا ينقطع حكم الإرسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله وكذا إذا وقفت ثم سارت أي ينقطع حكم

الارسال

الإرسال وقوله ومنه أي وقفة الدابة ثانياً في مقصود المرسل وهو السير فإن مقصوده من الإرسال هو السير لا الوقوف
وقوله بخلاف معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقفت لأن حكمها يخالف حكم أصل المسألة ويتبين به الفرق بين الإرسال
كما يتبين بقوله بخلاف ما إذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على هو أي هو الإرسال وهو أن الاعتبار يميناً وشمالاً
وقوله بما مر إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال وقوله قال محمد هي المنفلتة أي العجماء التي أهدر النبي عليه السلام
فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت فإن أصحابنا الأئمة في هذا الإرسال التي يحتاج كما ذكرنا اتفاقاً كان تفسيره احترازاً
عن الإجراء على عمومه وقوله من الإرسال وأخواته يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية كان من حق الكلام
أن يقول من الإرسال وأمثاله ويقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان لخاتمة الإرسال إنما
للإرسال كان الإرسال أخاً أيضاً والأصل جعل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من غير دليل ولئن صح
لأنه ليس مما يؤنث معنوي حولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك **قال** ومن فقأ عين شاة لقصاب فعليه ما نقصها
عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما يعد من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى وهي تؤنث وإنما
قال وجزور ربع القيمة ولم يقل بغيره ليتبين أن البقر والإبل وإن عدا للحم كالشاة اختلف الجواب فيهما بل سوى
معد من اللحم والحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في البقر لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان
اعتباراً بالشاة عملاً بالظاهر ولنا ما روي خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله عليه السلام أوجب ذلك
وروي عن عمر أنه قضى بذلك فتركنا القياس فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله عليه السلام فيما لا يؤكل لحمه كالحمار
أجيب بأن الذي أوجب ذلك في غير المأكول الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في المأكول فيلحق به وقوله
ولأن فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة
فإن المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم النقصان البتة وقوله لأنها إنما تمكن إقامة
العمل بها دليل آخر وهو أيضاً واضح لكن الاعتماد على الأول لأن الأرجى أن العين لا يضمن بنصف القيمة كذا قاله
فخر الإسلام وإنما قال ذلك لأن المعول عليه في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله ونخسها
يعني بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فإن قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب
لكونه مباشراً وإن لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرطها فلم يختص به ولا أقل من الشركة أجيب أن القياس ترك بالأثر
وفيه أثر عمر وابن مسعود وقد أشار المصنف أيضاً إلى الجواب بقوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لأن فعل
الراكب قد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكانت مضطراً في حركته وفعل الدابة قد انتقل إلى الناخس
لكونه الحامل على ذلك ملجئاً فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معاً على ما فعلت الدابة والراكب فوقع إلى
الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الإكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشراً ولا التسبب
أيضاً لأنه يعتمد التعدي وهو مفقود فإن قيل ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق
أيضاً عند أكثر المشايخ وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب أنها لا توجب على السائق لو كان بالإذن وههنا بلا إذن
حتى لو نخس وهو مأذون كان سائقاً ولكن التحرز إنما يعتبر في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد
فلا يعتبر وقوله ولأن الناخس متعد في تسبيبه دليل آخر وفيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر

والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبراً لكونه موضوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه
بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في
النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين وترجيح الناخس بالتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا
تسامح لان شرطه ان يكون معقوداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجباً في التعزير
لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب
موضوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشيء فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير
ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازاً عما تقدم من الايقاف في غير ملكه فانه يتنصف
الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والثاني اي الوطء مضاف الى الناخس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب
يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي
بعض النسخ اليهما اي الى النخسة وقوله ولا ينبئا وله حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف
فليس عيشه ولا من ضرورته وقوله يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والا
وقوله والركوب وان كان علة جواب سؤال تقريره ان الراكب صاحب علة للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في
الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب
شرط في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه
العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط وعلة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما
وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبياً يستمسك على دابة تقييد بذلك لانه اذا لم
يستمسك فالضمان على الآمر على الصبي فلا شك انه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه
لم يسيرها ولذا المصنف سيرها الى الآخر كانت منقلته وفعله جباراً وقوله والناخس اذا كان عبداً يعني ونخس
اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي والباقي ظاهر

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره
لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة
لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك قال واذا جنى العبد جناية خطاء
اعلم ان التقييد بالخطاء ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمداً يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا
يفيد لان خطاء العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد
ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل لمولاه اما ان تدفعه بها وتقديره يعني بعد الجناية فانه
لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه لاعتبار الجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستأني
في جناية الحر لانه ربما يختلف بالسراية وعن هذا قال القضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله
وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا
الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختاراً للفداء وقوله والمسئلة مختلفة

بين

بين الصحابة فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ
بن جبل وغيرهما وروي عن عمر مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة
العبد وقوله يخاطب بخدمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلاً للمالية قيمة تباع فيه الا
ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلاً
خطاء يجب دية في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله وهو مذهب بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة
وقوله ولنا ان الاصل الى ظاهر وفيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده
الوجوب على العبد كما ذكرناه وهو بناه على الاصل ونحن على اصل فلا يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال
الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما
وبين الاصل بان الاصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة
للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند
الى النص الذي لا يعقل باطلاً به فيقيس على اصل يبطل بابداء الفارق على قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على
المتلف يبطل ايضاً بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد والخطاء والاول مسلم والثاني ممنوع اذ الكلام في الخطاء
والثاني عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنايته على
نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب وقوله الا انه مخير استثناء من قوله بعد المولى عاقلته جواباً عما يقال
لو كان المولى عاقلته لما كان مخيراً كما في سائر العواقل وبعد ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطاء يوجب التخفيف
والتخفيف في سائر العواقل كرم ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد
فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب
التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العاقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع
وانما كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فان الواجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينتقل الى القيمة وهو
اي وكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى
ذكرها التمرتاشي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع من الحرمة عن الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحاً لما ذكر
في الاسرار انه نص محمد ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله التخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في
غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف الحر الجاني جواب عما ذكره ههنا مستشهداً به كما ذكرناه
آنفاً ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط
بموت العبد قال فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش
الجناية وكل ذلك يلزمه حالاً اما الدفع فلان الواجب عند اختيار عين العبد وهو ظاهر والتأجيل في الاعيان باطل لان
التأجيل شرع للتحصيل ترفهاً وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلانه بدل العبد في الشرع فاقام مقامه
ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه فيكون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا ترى ان المال قد يقع بدلاً عن
القصاص ويتحدان في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالاً تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية

من شرط حدوث الأصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب مقابلة الجناية في النفس والعضو سدّ الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلًا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك وبأن اختيار المولى كان دينًا في ذمته كساير الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كساير الديون حالًا لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فرجح جانب الحلول بكونه فرعًا أصله حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ النص ما يشعر به ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضروري كان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية والمسائل المذكورة تعرفت بذلك وهو أن القصاص عين صالح لحق المولى لسلامته فلا يتعلق حقه به وأثر غير منظور بطبعه فلا بد من إلحاق النية به ليكون مثله شرعًا بخلاف الدماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم الصلة فيكون ملحقًا به لا بقاء قد تغير بوجوبه حالًا فهو ضروري أو لا ضرورة لأن ذلك إنما هو باختياره على الدفع بنوع من رضي وقوله على ما بيناه إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقوله وإن مات أي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولًا أو فعلًا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فإن الحانث مخير وإن عين أحدها قولًا لم يتعين وههنا قد تعين وكذلك بأحد حقوق العباد أوجب رعاية إحضارهم وذلك في التعيين قولًا وفعلًا وأما حقوق الشرع فالمقصود منها الفعل فيتعين أداء الواجب وقوله لأن تعلق الأولى أي الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا تتعلق ساير الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته عن غيره وههنا لم يمنع أجيب بأن في الرهن إيفاء واستيفاء حكمًا فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله على قدر أرش جنايتهما لأن المستحق إنما استحقه عوضًا عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر العوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني وقوله على حسب أحكام الشجات يعني لو شج رجلًا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سهم من العبد لأن له خمسمائة وإلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفًا وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن له ألفًا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله وهي الجنايات المختلفة يعني يجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر لأنه لو تفرد كل واحد منهم وقوله والحق يجب للقتيل حتى أعتق حال الحق وإن كان متحدًا بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى ووجهه أن المستحق متحد صورة وأصلًا لأن الحق يجب للمقتول ثم لا يثبت الملك للورثة خلافة وحكمًا وللميت حكمًا فقط لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الورثة لأن تلك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى قال فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارًا للفداء وإلا فلا وإذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارًا للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله على ما بين الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الإقرار على رواية الأصل يعني إذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه وأقر فقال هو لفلان الغائب يدفعه عندي وديعة أو عارية أو إجارة أو

رهن لا يصير مختارًا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم يدفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فإن أقامها أخر الأمر حتى يقدم الغائب وإن أقر بها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختارًا للفدية مع تمكنه من الدفع وقوله وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته في صيرورته مختارًا لما ذكر في الكتاب قال في الإيضاح وهو رواية خارجة عن الأصول وقوله وإطلاق الجواب يدل على أنه يضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد بقوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها وقوله وكذا الجواب أنه يختلف لأن كل واحد مال وقوله لأنه يزيل الملك لا اختلاف في ذلك وإنما الخلاف في الدخول في ملك المشتري بعد هو وليس يحتاج إليه ههنا وقوله بخلاف ما إذا باع بالخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارًا بهما لأن الملك ما زال وقيل المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزًا للبيع والبايع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخًا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارًا للفداء وأجيب بأن ثمة ضرورة لم يتحقق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجيزًا أو فاسخًا هناك لكان تصرفه واقعًا في ملك الغير على تقدير نفوذ الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية وأما ههنا فلو لم يجعل مختارًا للفداء به لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير فإنه يصير مختارًا للفداء لأنه يوجب ثبوت نفس العتق وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد قبل القبض وقوله فيما ذكرناه قيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني إذا ضربه حتى صار مهزولًا وقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالمًا بالجناية لأنه حبس جزءًا منه وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش إلا أنه يخير ولي الجناية إن شاء أخذه ناقصًا ولا ضمان على المولى لأنه لما رضي به ناقصًا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية وقوله وكذا إذا كانت بكرًا فوطئها يعني يصير مختارًا للفداء وإن لم يكن الوطء معلقًا لما قلنا إنه حبس جزءًا منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختارًا للفداء لأنه لا يعجز عن الدفع كما لا يعجز عن البيع وعلل في النص بقوله لأنه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالمًا بالجناية فإن نقصها الأقل من خلاها بزوج عيب ولكن لما كان حكميًا لم يثبت به اختيار الفداء وفيه إشارة إلى دفع ما عسى أن يقال التزويج تعييب والتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو قطع يدها وعيبها وذلك لأن التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لأنه حبس جزءًا منها وأما الحكمي فليس كذلك وقوله بخلاف وطء الثيب أي لا يصير المولى مختارًا للفداء بالذي ذكر معلقًا في ظاهر الرواية لأنه لا ينتقص من غير إعلاق وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف أن مطلق الوطء يكون اختيارًا لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلًا على إمساك العين فإن قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فإن الوطء هناك فسخ للبيع وإن لم يكن معلقًا وههنا لا يكون اختيارًا إلا إذا كان معلقًا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخًا للبيع وقع الوطء حرامًا لأنه إذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فيتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فالتحرز عن ذلك جعلناه فسخًا وههنا إذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه وقوله بخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارًا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارًا بالإجارة والرهن في الأظهر

لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين
واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله في الاظهر احتراز
عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا
بالاذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله
لان الدين لحقه من جهة المولى وحق الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعونه في يد ولي الجناية اذا دفع اليه فله
ان يمتنع من قبوله قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية
مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار
الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم لا شيء منهما موجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا
واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولانه حرضه دليل آخر ومعناه ان المولى
حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط وهو الحرية
والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول للعبد
ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق
بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه تعلق باقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية
توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية
فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا
لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على اختيار بعض المشايخ
ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح المسقط لموجب الجناية وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم
جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان
الصلح واقعا بغير بدل يعني للصالح عنه لان الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد وهو القتل لم يكن
وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير
شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر
من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها
فيجعل صلحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل الولي ايضا راضيا بذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا
عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص على
ذلك ورضي به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء
والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله وذكر في
بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف
هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية
بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو

وقوله

وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا اي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود
الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح يتضمن العفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير
العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه
حط شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها
يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف
المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر هنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس و
الاستحسان يمنع وجوب القصاص في هذه المسئلة على التخريج جواب القياس وفي الاستحسان يجب الدية وفي مسئلة
العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس و
الاستحسان فانتفى التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق
كان له في اليد ظاهرا ويبطل بالسراية لان المعفو عنه يبطلها فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما بقي موجودا
حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يمنع
الجناية لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لان اقدامه على
الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة
اقل من الارش وقوله اتلف حقين واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما
مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان فلا يكون الاتلاف
واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من رقبة الواحد بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء
فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما بيانه ان الاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء
فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لاصحاب الجناية وانما بدأنا بالدفع لان به يتوفر الحقين فان
حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع ثمن لارباب الديون ولو بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية
لانه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين يعقبه وجبنا
اجيب بان فائدته اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا فله ان يبطل
الدين يحدث بالجناية او يوجبها وصيرورته جزاء فاذا كان مستغرقا وجب دفعه مشغولا لانه اذا بيع وفضل
من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على
ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية
كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم
بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد تقدم وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في
مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه حق ورد في حق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال
واذا استدانت الامة المأذون لها ديونا ثم ولدت فرقيق ولاجرة الامة بعد استدانتها من ولد تباع بعد جنايتها
في الولد يباع معها في الدين والفرق بين الولد والثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء

حتى صار المولى ممنوعا عن التصرف في رقبتها ببيع او هبة وغيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري
الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى
ممنوعا عن التصرف في رقبتها ببيع او هبة والتخيير لم يثبت غاية ما فيها ان الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري الى الولد
لكونه وصفا غير قار يحصل عند الدفع وقوله والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان
الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله وعورض بوجهين
احدهما ان الدين ليس في ذمتها فان المولى لو اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كالوكيل من يؤدي انسانا
فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى ان الدفع الى الارش استحقت بجناية جني بها عليها جان
ودفعها اليها بطريق الاولى لان الولد جزءها والارش بدل كذلك فالدين سرى الى جزءها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان
لا يسري الى المدين بجزءها واجيب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء
بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى الا ترى ان عليه ايفاء الدين من الضمان قيمة العبد واما الضمن
القاتل حين قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة
وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال بين المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هنالك
لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم ومن
وعن الثاني بان الارش بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء
بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت فاخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية باعتبار ان الجزء بالكل والاجزاء
الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر
في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية لعدم التسليط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابراء العبد يعني من كل الدية
لا من قسطه منها وابراء المولى لانه لم يرجع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم به لكنه
اي مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء
ولا على العاقلة الا ان يجيزوا وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك
خطاء وانا عبد وقال الاخر بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة
معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيه اذا كان عبدا معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء
واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله
واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وههنا هو منكر للاصل فصار كمن يقول لعبد اعتقتك
قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول قوله يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان
قال ومن اعتق جارية ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ١٥
ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت
بل كان بعد العتق فان القول قول المقر له وهي التي هو المولى استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا
شيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيء منها بعينه والماخوذ قائم في يده واختلفا فيه على ثلثة

الوجه

الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد على الاصل المذكور واجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه اقر بيد ما اي بيد
الماخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه
اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما سنذكر لانه ما اسند الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو
قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان
كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة
ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يعني بعد ذلك برئ عن ضمان العين قصاصا
وارشا وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فانه يجب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان حق العضو
المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل
التعيين وليس للعدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع
يمين شخص ثم شلت يمينه وبقاء العين لبقاء القصاص فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقأ اخذ بصر
نورها ولم ينخسف والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة
القطع لكنه ذكر بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال الحربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا
فقال له المسلم اخذت منك الا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه
قول محمد انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذ
دينا فكانه قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والله اعلم والحاصل ان هذه المسائل على ثلثة
اوجه وجه يكون القول قول المولى وهو اذا اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا
اقر المولى انه اخذ منها ما هو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقيل اتفقوا على
اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط الضمان والاخر ان من اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول تخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني تخرج على الاصل
الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي
ذكره ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة
اي الضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الرهان باعطاء الاقل من الفداء او قيمة العبد لانه انما اتلف
بامره ما هو الاقل منهما قال واذا قتل العبد رجلين عمدا كلامه واضح الى قوله وان فداه دفعه
اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا ما اتفق عليه من ان قسمة
العين اذا وجبت بسبب حق في الرقبة كالغريم في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم ٢
التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه واما اذا وجبت قسمة العين ابتداء
لا بسبب حق في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا اخر باع نصفه وجاز
المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء
لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا فابو يوسف

ومحمد في هذه المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من وليي العمد لان حق وليي العمد كان
في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة
بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من وليي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما
نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس
في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان
حق ولي الخطاء في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف
درهم لرجل الفان ولآخر الف مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة
ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك ثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله
واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فسره المصنف بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي
الاقارب ويحتمل ان يراد به معتق لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة
وقالا يقال للعافي اما ان تدفع نصف نصيبك الى شريكك واما ان تفديه بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد
مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص
شائعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص لان العبد في حق الدم مبقي على اصل الحرية والمولى من دمه
كاجنبي فيستحق دمه القصاص للشريك مستحقا له بالملك فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير
انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا
يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه
الى الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في
ملك شريكه فيتعلق المال ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه
في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فاحتمل هذا واحتمل ذاك والمال لا يجب
بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع **فصل** لما فرغ
من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعل وقوله ومن
قتل عبدا خطاء فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له
بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة آلاف الا عشرة عند ابي حنيفة
ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف آخرا وهو قول الشافعي يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب
عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية وبدل المالية بالقيمة
فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل
القبض بقي العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا يعني بعينه او بدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب واما
ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا لانه ترجح جانب المالية على الآدمية او المماثلة ولجنبة المالية يترك رعاية
في ذلك اكثر الممالك وذكر الايات التنفي انه ما ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله

ووجه الاول ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية
ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما لانها
محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما لان العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل والقيمة
المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع ولم يهدر احدهما ولا يدري فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل يجب
القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به
لخروجه عن الاجماع وقوله وبضمان الغصب جواب عن قولهما وكالغصب وقوله وببقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل
العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باثر عبد الله بن مسعود وقع
في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح
لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة
ما بلغت واجيب بانه لما روي عن ابن مسعود ذلك فيجب ان يذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل وليس فيما روي عن
غيرهم ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة
المسموع من رسول الله عليه السلام وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية
هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط اما في المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن
بالقصاص والاتلاف بالكفالة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي
الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة
آلاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب
في الحر نصف عشر الدية لانه هو في القيمة بدل الدم على ما قررنا استدلالا بقوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة
الى اهله وقوله وفي الغصب تعتبر القيمة ظاهر **قال** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسئلة ظاهرة ولكن
تحرير المذهب وتعليله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله للاشتباه من له الحق يعني المستوفي و
وجهالة المستحق تمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل اي في وجوبه على وجه يتوقف
لا على اصل الوجوب لانه لا ثمرة له الا في الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفاء
وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقيل
تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له
الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين فان الملك للمولى في
الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على التعاقب في الحالين فلا يكون
الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لا ينفرد بالقصاص لان الموصى
له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت الى
بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة ببطلان حقه فيستوفيه الآخر وقوله لان
وقوع العتق اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاج

فيه

يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحترز به عما عن قال لآخر لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن المبيع فانه
يقضي بالمال ولا يضره اختلاف السبب لان ذلك غير الاموال والاموال مما يجري البذل والاباحة فيها فلا يبالي بالخلاف في السبب
كذا في الشروح وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات وان الاموال ليست كذلك
والاولى ان يفسر الاحتياط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعد بحل الوطي وهو مما يثبت بالشبهات او يفسر
بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول وقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل اخر وذلك لان الاعتاق ق
يصير بمنزلة البرء وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد
من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند
محمد رحمه الله كذلك وهو مخالفة النهاية للبداية لانفصال بينهما وبانقطاعها سمي الجرح بلا سراية قطع السراية لا قطع
فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب عن ابن المولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا
يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين ان الجناية قتل لا قطع وكلاهما تاتيا شبهة
ولانه الاستيفاء في العمد للولي فيستوفيه لان المقضي له هو المولى خلوص الحكم وهو استيفاء القصاص بحق
نوجب العقول ثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص
بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة
ولا معتبر باختلاف السبب يعني في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم
وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين للواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها
بقوله كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك
النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب
وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في
صورة الخطا دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء لان العبد
لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت
اصل م لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه واما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على الحرية فيه فالحق
للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض انه لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل ان الحكم
اضيق من قطع يد عبد عمدا فاعتقه المولى ثم مات لا يرتب على الجرح لانه اما ان قطع عمدا او خطاء فان كان الاول فاما
ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان فقطع الاعتاق السراية اتفاقا فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له
والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم
يكن فلا يجب القيمة والدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا
اذا قال العبدين احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع
ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في
الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر ثم مات احدهما او قتل تعين العتق في الاخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل

في اليمين

في اليمين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة
عبد لان قيمة عبد ودية حر ولا يدري بتحرير والفرق ان البيان وهو تعيين العتق كانه يخرج احدهما انشاء من وجه واظهار من وجه
على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فبين العتق
فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق
والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا والحاصل
٢ حريتين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل على الاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا
او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة
فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما يجب دية في حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال
وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا
وحرا وقيل الحر يوجب الدية لاحدهما ولكن الاخر غير متعين فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما
وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة
وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد
القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق المعين كانه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا نتيقن ان كل واحد
منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يتبين في المبسوط ان ذلك للمولى او
لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى ثابت
في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني
فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك الحق من ان
ما ذكره المص فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله لان القيمتين معطوف على التخريج
قوله والفرق ان البيان انشاء وجهه ان القطع يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يثبت بدون العتق في المبهم ولانه
للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وانتساله ولانه
النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان تعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة ويبقى في التعين لانها
قال محل العتق دون الاطراف لانه اظهرنا حل تبعا نسبي العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس
ومن فقا عيني مملوك بين للمسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي كذلك وقياس
على ما اذا قطع يدي حر او رجليه وعلى ما اذا قطع احدى يديه او فقا احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في
الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن ونحن نقتصر عليها ساقطا بالاجماع
فان الشرع قدر وجعل الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف فلانها اولى باعتبار المالية فيها لانها تسلك بها
مسلك الاموال ولهذا كانت معتبرة في الاطراف كما قبلها فانها كقيامها في الذات فولها تابعة لها كنحوها تابعها بنعوت الذات
فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت
جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة

بخلاف ما اذا فقاء عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي احدى
الروايتين فقاء احدى العينين لم يدفع لان تفويت جنس المنفعة حتى يصير كاتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على
الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يخير
المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وان شاء امسك العين الخ وبين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان
من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان
ولابي حنيفة ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا
تعليمه من احكام الاولى اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كما يدل النقص على النفس والفائت من
الطرف بل يكون بازاء الفائت اخيرا كما في فقاء عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية
اي تقسيم اي من حكمها ان يتوزع الضمان على الاجزاء ويملك الجثة كما في تخريق الثوب توفيرا على الشبهين
حظهما من الحكم يعني النظر الى الآدمية يقتضي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت اخيرا وبالنظر الى المالية ليس
له ان ياخذ كل بدل العبد مع امساك الجثة كما اذا ليس ذلك في المال وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب
المخروق وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية اصلا حيث جعله كالحر فقلنا في فقء عينيه توفيرا على الشبهين حظهما وقلنا ان
شاء المولى دفع عينه واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الآدمية

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر جناية المملوك والجناية عليه ذكر من هو ملحق به في استحقاق اسم المملوكية
وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة من
المدبر في ذلك الا يرى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وبحكمي ايضا فالانوثة والانحطاط
في اسم المملوكية اوجبا تاخير ذكرها عن ذكر المدبر قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى
جناية المدبر على عين في الحدود عاقلته حالما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه
وكان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع
ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكر في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في
اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا تخيير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتضاربون
بالحصص فيها اي في القيمة وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية تبيين صورة ما ذكر في المبسوط
وقال واذا قتل المدبر رجلا خطا وقيمته الف درهم ثم ازدادت قيمته الى الفين ثم قتل اخر خطا ثم اصابه عيب
فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل اخر خطا فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم
يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف منها لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي
الاول لا يثبت حقه في قيمته يوم جنى على الاول وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل
الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي
القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى عليه وليس فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول
بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه مرة الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها

الاخر بعشرة الاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار
الماخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك
وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه لم يلزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان
دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى
على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا شيء على المولى لانه ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار
كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يامر القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع
في الهبة ولابي حنيفة انه لما وجد من الدافع والقابض جار من المال الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية
طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيخير في
الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما
من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطال الذي ابطل
المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في
حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة
بغير قضاء كان للاخر الخيار فكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين يعني انما عملنا بشبه التاخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا
قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وعملنا بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية
كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء
لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر الخ واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا
الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم الملحق به قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في هذه
المسئلة ان غصب العبد بعد قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير
كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار
المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو الحد فبرئ الغاصب عن الضمان وعرض
الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان السراية
انما تنقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب فاما قبله فلا وقال نص عليه في اخر شرح
الجامع والكتاب الثاني خلافا لانه لا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية لم تنقطع فالغصب ورد على مال
منقوص فانعقد سبب الضمان فلا يبرا عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله
ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة لان يد الغاصب ثابتة
يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فيتقرر
عليه الضمان وفيه نظر لان الاثر بين الغاصب عليه ثابتة حكما فان المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان

حكيتان بكمالها واليد الحقيقية وحجة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح لاستعراضها ولا مرجحا وقوله واذا غصب العبد
المحجور عليه واضح وقوله هو اخذ بافعاله يعني في حال رقه واما في قوله فان كان شيء يرجع بحدود والقصاص فكذلك
وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله من غير
ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم بوقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار مستهلكا لا عن اختيار
العبد الجاني من غير علم بجنايته فان قيمة الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظاهر وقوله فصار
كما اذا استحق نصف العين بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما لو غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المالك
فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان ياخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هنا وقوله ويدفعه الى النصف
الماخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا
الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه
الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لورثته لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه
لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق والجواب ان للمولى ملك ما يقبضه
الغاصب ثم يدفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذ ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل و
المبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص
حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه ليتم حقه واذا اخذه منه رجع المولى بما اخذه على
الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاولى في جميع القيمة والجواب
ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة ووقت الفعل موجبة لكل القيمة من غير زحم والمزاحم
موجبها فلا يمتنع بلا مانع **قال** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث
الوضع وحكمها ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينها وبين المسئلة المتقدمة انه يجب دفع النصف المقبوض من الغاصب الى
ولي الجناية الاولى ولم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانها كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب
بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب فلم يكن بدلا عما دفع اليه فلا يلزم
الدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد بعد ما وضعه
في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب صبيا حرا فجنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف
يعني قال بعض المشايخ في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في مسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما يرجع به من القيمة على
الغاصب ولا ياخذ ولي الجناية الاولى لانه بقي حقه وقيل على الاتفاق وياخذ ولي الجناية الاولى منها حقه وهو نصف
القيمة ثم المولى يرجع على الغاصب بمثل هذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا
فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب
بقوله في هذه المسئلة يمكن ان يجعل جناية الثانية وقد حصلت في يد الغاصب لكن اخذ الولي منه حقه اولى من
ان يتوقع لوجود الاستحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذ وقوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به غيرها ان
واليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح

خلا

خلا انه يرجع على وجه الاستحسان لما اذا غصبت مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعويل في التسبيب فيه
موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه يد الحر ولا يد غيره فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد
نفسه وكذلك المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك
اجيب بان حكمه ينظر ان كان لا يمكنه التحرز عنه ضمن لانه المتصور عجز عن حفظ نفسه مما صنع فيه فيجب
الضمان على الغاصب وان كان يمكنه حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف
مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير العاجز بحيث لا يمكنه حفظ نفسه **قال**
واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي اذا اودع عند صبي فاستهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع
وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة
باذن وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك
وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال
وهو تقسيم حسن وقوله ومن ابن على غير العاقل يضمن بالاتفاق بساعد فيه فخر الاسلام حيث ذكر في الجامع
الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على الخلاف هنا
حيث قالوا فيها من الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا او غير عاقل الا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكذا اذا اتلفه
غير الصبي يعني الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت
في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكان من اتلفه لا يجب الضمان عليه يعني
التسليط يحول بين في المال المباح وقوله في بدء ما عقد اي عن الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعه
عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه وقع المال في يد من يمنع عجزه عن الحفظ الا ان يكون وضعه فيها
باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم يوجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته
وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا
لا يستبد بالوديعة ويمكن ان يقال لما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن
الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير لحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع
ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة
او ولاية المقام على نفسه كما في ساير صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان
عصمته لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار المالك يعني عصمته لا لمالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك
حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وللمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك
فلم يوجد التسليط منه فيضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف ساير الاموال فان للمالك ان
يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن وللمولى ان
الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما له ولاية الاهلاك لان الاتلاف من حيث كونه جناية
والشاة ليست كذلك وانما الاهلاك خنقها من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة

بالإضافة إلى الصبي الذي هو غير في بيت المال دون غيره يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما أسقط عصمة المال عن
الصبي لا عن غيره والمعصوم في حق غيره كما كان

باب القسامة

لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال
يؤول إلى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الإقسام وفي الشرع أيمان
يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود
القتيل فيما ذكرنا وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر
القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى
الولي العمد وبالدية عند النكول إن ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص
المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سيأتي قوله تخيرهم الولي أي يختار الولي
تحليفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا
يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وإن لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه أي مذهب الشافعي أن يكون مستغربا لأن البكر اليمين وقوله لأن اليمين يجب على من يشهد له الظاهر يعني كما
في سائر الدعاوي فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام
اللوث فيكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضحة وقوله لأنه يمين وليس بشهادة يحترز به عن اللعان حيث
لا يجوز اللعان بين الملاعن لأن اللعان شهادات والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها وقوله وقد أطلق
قضى على أهل المحلة أي على عاقلة أهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود بأيمانها فقصته
أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجد
عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه فجاءوا إلى رسول الله عليه السلام ليخبروه فأراد عبد
الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال عليه السلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة ومحيصة وهو الأكبر منهما
وأخبره بذلك فقال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبرئكم اليهود بأيمانها فقالوا لا نرضى بأيمان
قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عليه السلام أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين
ولم نشاهد فكره رسول الله عليه السلام أن يبطل دمه فوداه مائة من إبل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبرئكم
اليهود بأيمانها على أن الدية بعد الحلف والأيمان مبرئة ووادعة فتسليم بعد أن وقوله يرد عليه إطلاق
الجواب في الكتاب أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكر بقوله وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف
خمسون رجلا منهم الخ وسكت الجواب في المبسوط يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان المدعي على البعض بعينه
وقوله على الاختلاف مضى في كتاب الدعوى بين أبي حنيفة وصاحبيه حيث قالا وإن ادعى قصاصا على غيره يحلف
استحلف بالإجماع الخ قال وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين ولغا السدي أي البيد وأهل اللغة يقولون
وأتاه ولم يذكر الألف وحكمه حكم دية وذكر وذكر الغير مطلقا وقد قيل إن أصله من حديث أبي وأما إذا
نزل غيره إلى فيه دليل يصلح دليلا على القتل ذكر فخر الإسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولأنا
لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا

رجل وكذلك لو وجد النصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك
لا يجوز فإن قيل ينبغي أن يجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعتبر به عن جميع البدن أجيب بأن ذلك بطريق المجاز
والمعتبر هو الحقيقة ولأنه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي أن يقول بتكرر
القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية
تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين تكرران
في خمسين نفسا وقوله وهو في معنى ما أشرنا إليه يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله لأن الظاهر أن تام الخلق
ينفصل حيا اعترض عليه بأن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في غير الصبي وذكره ولسانه
إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم صحتها
ما يجب في السليم لأن الأطراف تسلك بها مسلك الأموال ولم يكن لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة
قصاص أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه
القسامة والدية تعظيما للنفوس لأن الظاهر أنه قتيل لوجود آثار القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال تام
الخلق أن ينفصل حيا وأما إذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا يفوق حال الكبير فإذا وجد
الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى تطويل لما قرر السؤال بما قواه لأن الظاهر
إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لا يكون في النفوس مع عظم خطرها أولى وجوابه
أن يقال الظاهر هنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل من حياته ولم يكن دليلا للاستحقاق ثم حديث
حمل بن مالك وهو قوله عليه السلام أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال وإذا وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل إذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة
سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا إذا كان قائدها أو راكبها لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره فإن اجتمع الراكب
والسائق والقائد فالدية عليهم لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسألة
وبين ما إذا وجد القتيل في الدار فإن الدية ثمة على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا
وهناك على المالك لا على السكان وأجيب بأن الأمر في الدابة لا يختص بالمالك لأن الدابة ما يجب على من في يده فتكون
في الكتاب فيما إذا لم يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك بقول الغالب والسائق والراكب وأما إذا كان لها
مالك معروف فإنما يجب عليه وثانيا هو جهة من أطلق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي بين الدابة
والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن التعدي في هذا الباب بالرأي والتصرف
والتدبير وذلك في الدار للمالك لأنه لا ينقطع عنها بالإجارة وأما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير لمن يسير
الدابة أو يقودها فإن المالك عنها بالإجارة والانتقال فتكون القسامة على الذي بين الدابة وقوله
أو رجحت ما قبلتها في قولين وما بين ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يشير إلى الاختلاف
السكان والملاك وقوله وهو قول محمد يشير إلى أن محمدا ليس في هذا القول بأصيل فإنه ذكر في الأسرار بعد ما ذكر
الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف من الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب وقال أبو يوسف يعني آخر إن كان

قوله ولا يكون لهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا ملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة لكل ليميز انصباءهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز ان يكون فيه تلويح الى جواب عما يقال الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقتم فاوجبتم القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين قل ما يزاحمون جو

اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما اشتراه من الدار ولجارتها وعمارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان صاحب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد او خلصت لهم على قول ابي يوسف وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله او بزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار يعني اذا وجد القتيل في دار انسان فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احديهما على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وهذا استحسان ما بري عن التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هاهنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا في الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا وهو ما قدمناه من فتاوى العتابي وما بعده ظاهر **قال** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة ولاية الحفظ باليد لا بالملك سببها القدرة ولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في ولحد ان يقع الخلاف بان كان لاحدهما الملك وللاخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فان لم يكن البيع باتا وفيه الخيار فان كان الاول فهو المذكور وهو ان الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من في يده عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي يصير له دليلها واضح وقوله ولهذا اي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كانت له يد وكذلك دليل ابي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد ل

اندرج في دليله وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قبل الفرق لابي حنيفة بين اطلاق البيع والاطلاق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان اصالة وبين

الجناية وصفة القطر فانه يعتبر البت الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صفة القطر ثبت الملك كانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة يعني لو انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد قالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده ولا يكتفي في ذلك بمجرد اليد فصورته ناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم وللعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله وهو اللفظ اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن ابي يوسف ان السكان يدخلون في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد فلان الفرق وهو ما ذكره في الكتاب هو ما ذكره في الكتاب وما بعده ظاهر **قال** وان وجد في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف يجب على السكان اي سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها لا على نية تملك قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه لما صار ناصيا لذلك الموضع يتوقف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان وجد بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات يريد به النهر الكبير وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك ولذلك ذكر الوسط لئن يتخصص بالماء ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط حكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فيجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم يسقط القسامة عنهم يعني والدية عن عواقلهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل ولية الخ وقوله قد بيناه من قبل يريد به قوله بين الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجابان مقحمين كما في قوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصمائه اجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي في اول باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة وكانه اعظم من الخباء وقوله فعلى اهل الخيمة قيل هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله وان كان القوم لقوا قتالا العدو فلا يجوز ان يكون قتلا اي مقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا

مطلقاً لأن الفريق في معنى المقاتلة وأن يكون مفعولاً له أي للقتال وقوله لأن الظاهر أن الفريق عقيلة فكان بمنزلة الخوارج
إلى ذكر الفرق بين هذا وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية
كما مر آنفاً وقالوا في ذلك أن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدري أن القاتل
من أيهم ينبغي أن يحتمل قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال
ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين
فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم
عند الإشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل الذي لم يكن كذلك وقوله وإن لم
يلقوا عدواً فعلى ما بيناه إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا إلى قوله وقد ذكرناه إشارة
إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة وهو قول محمد وقال أبو يوسف
هو عليهم جميعاً وقوله وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله
فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهو لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل
أو أن يكون غيره شريكاً معه فإذا كان كذلك يحلف على الله ما قتلته ولا عرفت له قاتلاً غير فلان قال
وإذا شهد اثنان من أهل المحلة إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه
قتله قال أبو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى
الولي القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ولأبي حنيفة أنهم جعلوا خصماء
تقديراً للتقصير الصادر منهم وإن خرجوا عن جملة الخصوم فلا يقبل شهادتهم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها أما
ببلوغ الغلام أو بعزل القاضي وقوله وعلى الأصلين ينبني على الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصماً
في حادثة ثم خرج من كونه خصماً لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع كالوكيل إذا خاصم ثم عزل والثاني إذا
كانت لرجل عرضية أن يصير خصماً ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالإجماع وأبو حنيفة جعل ما نحن فيه
من الأصل الأول لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة بوجود القتيل بين أظهرهم فإنه السبب الموجب للقسامة
والدية قال عمر وإنما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين
أنهم ليسوا كذلك ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الأصل الثاني لأنهم إنما يكونون خصماء لو
ادعى الولي القتل عليهم فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله ويتخرج كثير من المسائل
من هذا الجنس أما على الأصل الأول فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم
خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الأصل الثاني فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وقد أبطلا
الشفعة تقبل شهادتهما لأنهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله ولو ادعى
ظاهر وقوله على ما بيناه إشارة إلى ما ذكر في مسألة وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق
بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر وقوله ومن جرح
في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لأنه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمداً والدية على

العاقلة

العاقلة إن كان خطأ فإذا لم يعلم الجارح فأما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحاً بحيث يجيء ويذهب
فإن كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة وعند أبي
يوسف لا شيء عليهم وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح إذا اتصل
به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش
وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب
القصاص وأجيب بأن القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك
بقدر الإمكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه إذا اتصل صاحب فراش قتيل شرعاً لأنه صار به مريضاً مرض الموت
ويكمل حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة وأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء
فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله ولو أن إنساناً معه جريح
إلى حاله ظاهر ومسألة من جرح في قبيلة فنقل إلى أهله ولكن قال في آخره وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبله
بمسألة القبيلة وقوله ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه اعلم أن المص قال فديته على عاقلته لورثته عند
أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل
والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على
عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان
كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية
على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسألة للجانبين ظاهر واعترض على وجه
أبي حنيفة بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم وأجيب بأنها
تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه
يجب الدية على عاقلته ويكون ميراثاً له والله أعلم بأنه رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة في
دليل أبي حنيفة إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فإن القسامة
لم تذكر في الأصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لأنها تختص
بمن يعلم بحال القتيل وليس منهم من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن تكون جماعة اتفقوا على
قتله فقتلوه في داره فيكون منهم من يعلم بحاله واختار المص واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها
يستلزم وجوب الدية … وقوله … مسألة المكاتب إذا وجد قتيلاً في
داره كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله لأن حال ظهور القتل بقي ما صار حراً المكاتب … لأن حال
ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات عن وفاء بل يقضي بما عليه وإذا كانت الدار على
حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدراً بخلاف الحر فإنه حال
ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وإنما انتقل إلى ورثته فكان كقتيل وجد في
دار غيره ولم يعلم القاتل فيجب فيه القسامة والدية وقوله ولو أن رجلين كانا في بيت ظاهر وقوله كما إذا وجد

قتيل في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال المتأخرون اي من مشايخنا ان
المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل
وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت
في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل
ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها
بذكرها واحكامها في هذا الكتاب والمعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وقد تقدم معناها وقوله
وكل دية مبتداء وقوله على العاقلة خبره وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب
الصلح او الاقرار نوع في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني في الديات قبيل العقل وقوله وكذا
الذي هو في شبه العمد وهو الذي ضرب بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي ايجاب مال عظيم اجحافه
تفسير الاجحاف بقوله والاستيصال وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف
وقوله وتلك اي القوم وقوله كتب اساميهم في الديوان الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها
لانها قطعة من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر اول من دون الدواوين ورتب الجرايد للولاة والقضاة و
يقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله عطاياهم العطاء اسم ما يعطى والجمع
اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول
الشافعي ولا نسخ بعده وقوله بالحلف الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر
وكذا الحديث ولاء الموالاة وقوله والولاء اي ولاء العتاقة وقوله والعد هو من العدد وهو ان يعد
فيهم يقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين اي ثلث سنين او اقل
مثل ان يخرج عطاياهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث
في سنة واحدة اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون المأخوذ منهم من الاعطية
وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلث سنين او في اقل منها وقوله وتأويله اي تأويل
كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم ذلك في ثلث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلث
سنين في المستقبل فلا يمنع التأويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله واذا كان
جميع الدية واضح وقوله ولنا ان القياس يأباه اي القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس
في حجج الشرع يعني لا تناقض والترجيح ورد به اي بايجاب المال مؤجلا في الخطاء فلا يتعداه فان قيل مثل
النص يعني الخطاء فلا يلحق به قلنا نوع معناه من حيث كونه الواجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه
غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات
انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه
من العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته اي من وقت القضاء كما في ولد المغرور فان

قيمة

قيمته انما تجب بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة
بالقضاء انما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا ومن اصحابنا من قال
بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما بينا وقوله وهذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة
وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يؤخذ على اربعة من جميع الدية فاذا اخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلثة او اربعة
دراهم كان من جميع الدية في ثلث سنين ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث
درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا من ان ظاهر كلام القدوري يدل على ما ذكر في المبسوط وقال
وذلك غلط وقوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت
انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما في حق العجم فلا يستقيم لان العجم ضيعوا انسابهم فلا
يمكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل نسبا فمن ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى
الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله ويستوي بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه
صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين
العطية والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر
وقوله ويدخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا
ايضا كما لا يجب عند الشافعي قال وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل كلامه واضح
وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها
قبيل المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس
بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعتبر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على
المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم
وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم
بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك
تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي ولا مجنون ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية
لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وفي ذلك تناقض البتة فالجواب ان ذلك مذكور
في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة
والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفيا للتهمة القتل
فانها يتحقق منها ويتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة تعلق بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا
فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلق بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه
والا فلا فتدخل المرأة والله اعلم وقوله والفرض لهم من العطاء جواب عما يقال فرض الامام للنساء والذرية و
وذرياتهم من العطاء والعطاء انما يفرض لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة من الغزاة وغيرهم ولذا
النساء ووجهه ما قال الذرية لدفع التهمة باعتبار المعونة اي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله

وأهل البادية أقرب إليه يعني نسبًا وقوله قيل من صحيح الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان
قرابة وقوله من أهل المصر بيان لقوله أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله وصار نظير مسألة
الغيبة المنقطعة يعني أن للمولى الأبعد أن يزوج إذا كان الأقرب غائبًا وقوله لا سيما في المعاني العاصمة كحد الشرب
والقذف والقصاص ووجوب الدية وقوله فالدية في ماله في ثلاث سنين أي لا على بيت المال لأن النصرة الموجبة
للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم إذا جنى فإنه على بيت المال
إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله ويمكنه من هذا القتل ليس بعض ... أي لأن من سبب نصرته
٢ أهل الإسلام أباه وقوله لعدم التناصر لأن التعاقل يبتني على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف
الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر لأنا قطعًا
نكرهم وقوله وعاقلته أهل الكوفة الأول والحال في قوله لكن حصة القاتل من عطائه بالبصرة يعني
وإن كان بعد القضاء وقوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه
لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بالدية على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف
ما إذا قلت العاقلة حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء معناه فيه أيضًا نقل
الدية للموجود وقت القضاء إلى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم
الأول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله وقوله
لكن يقضي ذلك أي الأول من العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء قال وعاقلة المعتق
قبيلة مولاه لأنه كالأمر واضح قوله ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية لأن القصاص لا يجب في عمد
ولا يستقيم أرشه فصار كضمان الأموال قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل النفس فتحمله
العاقلة وإن كان أقل من نصف العشر بأن قتلها لأنها نائبة كانت الدية على عاقلته وإن
كان نصيب كل واحد منهم ما يتحدهم لأنها بدل النفس وكذلك من قتل عبدًا قيمته مائة وخمسون درهمًا فإنه تحمله
العاقلة لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون
النفس بالمعنى إلى ما يوجد في التحمل إلا النص ولا علة فيجب في ماله وقوله ولا عبدًا قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل
قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا فقال محمد بن الحسن إنما معناه أن يقتل العبد حرًا فليس
على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده وإنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجني عليه أو يفديه ثم قال وبه نقول (1)
قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى إنما معناه أن يكون العبد يجني عليه بقتله حر أو بجرحه يقول فليس على
عاقلة الجاني شيء وإنما عليه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذكرته للأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول
ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جائزًا لابن أبي ليلى ذهب لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا
تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدًا وتعني قول الأصمعي أن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا
أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الأصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك
بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه

٢

وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدًا وسياقه وهو قوله ولا صلحًا ولا اعترافًا يدل على أن ذلك
لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقوله بعبد مثل ولا تعقل العاقلة جناية العبد أيضًا فإنه
المصدر إلى فاعله وأما إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله والإقرار والصلح لا
يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم لا في الإقرار يجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالًا إلا إذا ان ط
شرط الأجل في الصلح فيكون مؤجلًا وقوله فيجي الثابت بالإقرار أولى لأن الثابت بالبينة أقوى من الإقرار
لأن الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية إنما يجب بقضاء القاضي فهذا أولى وقوله وتصادقهما نفسه
حجة في حقهما لأن أحد المتصادقين ولي القتيل فيزعم أن الدية إنما وجبت على العاقلة وإقراره حجة على
وقوله بخلاف الأول لأن الدية بقوله والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيهم من هذا أنه لا يلزم موجب الإقرار في مال
المقر فيتم فإن قيل لما كان أصل الوجوب عليه فقد تحول بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي فإذا توى على العاقلة
بجحودهم عاد الدين إلى ذمته كالمحيل أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله دينًا والدية التزوج عن المسلم وليس
كذلك فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فيحمل ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول إليه
بحال سواء استوفي من العاقلة أو لم يستوف وقوله وقد مر قبل هذا في أول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله
قال أصحابنا القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال يعني إذا كان القاتل مسلمًا بدليل قوله لأن جماعة
المسلمين هم أهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم أحدث الكتابة
أي فانسحب بمرجع قوم الأم على الأب وقوله والأصل الذي يخرج عليه تبدل حال القاتل إذا تبدل حكمه
فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث ثم نقل جنايته عن الولي قضى بها القاضي ولم يقض كالولد بين
١ وعبد إذا جنى ثم أعتق الأب لا يتحول الجناية عن عاقلة الأم لأن مهما تبدل حاله بأن انتقل ولاؤه من موالي
الأم إلى موالي الأب وكالغلام إذا حفر بئرًا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعدما أعتق أبوه كان
القاضي يقضي بالدية على عاقلة الأم ولا يحمل على عاقلة الأب من ذلك شيئًا لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة
فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فإن الجناية لا يتحول إلى
الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فإن العبد إذا حفر بئرًا في طريق المسلمين بغير إذن مولاه
فقتل أن يقع فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فالتبعة والضمان على البائع لا على المشتري لأن
ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجناية وإذا ظهرت حاله في
خفية مثل جعو وليد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وقد ذكر صورته
الكتاب وهي إذا مات المكاتب عن ولد حر وفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة
لبني تميم والمكاتب رجل من همدان فعقل عن جنايته قوم أمه ثم أديت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون على
أدوا على عاقلة الأب لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته فتبين أنه كان للولد ولاء
من جانب الأب حين جنى وإن من جنايته على موالي أبيه فلذلك يرجعون على موالي الأب ولم يختلف حال
الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب بخصوص تحويل الديوان

من الكوفة الى البصرة من قبيل ان كانت العاقلة واحدة تلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل
القضاء وبعده كما اذا كانت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اهل القبائل نسبًا
وقد تقدم من قوله الا فيما سبق داؤه استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيما يقع من الدين
ادوا قبل ضم اهل القبائل اليهم والله اعلم

باب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه

اورد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي
في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لان
الجناية قد يفضي الى الموت الذي هو وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية
وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي
اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان يكون اجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا
وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا
في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة
فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون الموصى به ملكا جديدا له كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له
فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة
رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين لمن كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة
على كل احد من له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين
والاقربين والمكتوب علينا فرض والمراد بقوله غير واجبة نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه
تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا
انا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكر في الكتاب فقوله ومثله في الاجارة بيناه في ما تقدم
يابى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد
يبقى المالكية بعد الموت حكما عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية
يوصى بها او دين الى آخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا
حضر احدكم الموت الآية بهذه الآية وقد ذكر الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى
رتب الميراث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية
باقية مع الميراث لرتب عليها وقد بان بهذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض
للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لان ترتيبها بعد اي وصية كانت يقتضيها
ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر
الامام فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه في التقرير مع ما لا لبابه ثم ظاهر وقوله وعليه اجماع على جواز الوصية
اجماع الامة وقوله بما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله ثم نبين ما
هو الافضل فيه اي في فعل الوصية وفي تركها قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث يبقى ج

سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب
عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف
قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان
تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقوله وهو من الانتظام والضمير البارز في
قوله لم ينتظمهم والظهر للاستغناء وقوله يحترز عما يتفق من الايثار اي احترازا عما يوجد من تاذي البعض
وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض على ما نبينه يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء
في الحديث الحيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون
المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان تجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان
الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يرجعوا بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة
لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يرجعوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة
المورث فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في
الثلثين فاما ان ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية
الامر يعني اجازتهم ان يستند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم بعينه كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها
الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا
يعني المتنازع فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع لانه لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان
الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للورثة يثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك
فلو استند ملكهم الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض
الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع
ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه
ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل
الوارث اذا عفى عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد امرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه
قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب ممتنعا اجيب بان هذا القلب ما نحن اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق
بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال
لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فتخير بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم
الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال الاصل بهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى
انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضا ببطلان
الحق لا يكون رضى ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الورثة لحقهم برضاهم فكان كسائر الاسقاط
وفيه الرجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرف ان بينهما فرقا حقا وحقيقة والرضا ببطلان الحق لا ببطلان
الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله وكذا ان كانت الوصية للوارث

ظاهر وقوله ولكن الاجازة باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وجه
قول الشافعي ان بنفس الموت صار قيد التثليث من المال مملوكا للورثة لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله
ولا يرتد برده فاجازته يكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض ولنا ان الموصي صدر
منه السبب وكل تصرف صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي وقوله والاجازة
رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع
للمانع وقوله وليس من شرط القبض جواب عن كونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع
وصار كالمرتهن فيما كان تبين اذا اجاز بيع الراهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله
ولحق المرتهن رفع للمانع وعوض بان الورثة لو اجازت الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل
على كونها تمليكا فيكون التمليك من جهته واجيب بان الورثة كان لهم حق سقطه بالاجازة واسقاط الحقوق
المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان
الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الورثة على التسليم بعد ما عندنا ولو كان التمليك
من جهة الورثة لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة قال ولا يجوز للقاتل عامدا
كان او خاطيا • لا يجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان او خاطيا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل
ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد يقال حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في
الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته
والموصى له يشاركهم في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمسألة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير لازم ولعل
التقصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي يجوز الوصية
للقاتل مطلقا لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم
انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية
او بعدها ما بيناه يعني الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول
الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال
ثمة واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر في كون الموصى له
قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل
مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان
التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل واجيب بان عتقه من حيث انه وصية بطل شرطا فعتقه وقد وجد ولكن
يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد
من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لما ذكر في الكتاب كذا قيل فيما
الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف

من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد
فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم اي احد الورثة
وفي الوصية لاحدهم ان اجاز البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا يجوز لوارثه اي لوارث الموصي لقوله
عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض الى ما ذكر في الكتاب
وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خص بعض اولاده في العطية وقوله
يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت ذكر في فتاوى قاضي خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن
جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب
وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه
لا يرث وبطلت الوصية للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه
اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء او المذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت
ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما
اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا مثل ذلك في مرضه لابنه
العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا
وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث
ولو اقر لاخيه وله ابن فمات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل الاقرار عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم
وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وارى ان اطلاق النص يغني عن ذلك
التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد لم يكن وارثا عند الاقرار
لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار لكونه محجوبا
وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل وقوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى
هذا الاستثناء فيما روينا من قوله عليه السلام لا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحق من الذي
يتأذى بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز
فيما دون الثلث لجاز وان لم يجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعضهم
قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم • وصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جائزة فاما الاول فلقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية نفى النهي عن البر لهم والوصية لهم بر لهم فكانت غير منهية
واما الثاني فلما ذكر في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقال في شروح الجامع
الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل
وان فعل يثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بامان فانها جائزة لانه لا ولاية
عليه في حيوته فكذا بعد وفاته فعلم انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع التسليم عما زاد على
الثلث بحق الورثة لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليست كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكر

في الكتاب ظاهر والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له والوصية تشبه الميراث من حيث
انها تملك بالموت وتشبه الهبة من حيث انها تمليك بتمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى
له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعد من غير قبض عملا بالشبهين بقدر
الامكان وان مات الموصى له عن غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له
ردوا او قبلوا في الاستحسان وقوله وهو يستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التقليل في الوصية افضل
وتاكيد الاشارة في قوله عليه السلام انك ان تدع عيالك الحديث ومعناه وتركك اهلك اغنياء عن الاجانب فيترك
المال لهم خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر وقال الا ان يوصي بالخمس احب الي من ان يوصي بالربع وان يوصي
بالربع احب الي من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي يطوي كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل
الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس
وقهرها وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى
بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه ولا يرد
عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى
له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الورثة
وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان شرعية
الوصية لمنفعة الموصى له فلو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا
منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول
يعني الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا النقل
مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض
قال ولا يصح وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم ينفذ يبقى على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان
المال باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم ننفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية
اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا محمولا على بلوغه زمان كثير وتسميته صبي
باعتبار مجاز تسمية الشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وقد رد بانه صح في رواية الحديث
انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او يكون الوصية في
التجهيز وامر الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم يعني اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه
وقوله انه اوصى لابنة عم له بمال انما يجوز ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج
بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة
لكن هو مخالف لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه
وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على ان الصبي ممنوع عن ماله وقوله وهو
يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك

اولى

اولى بالصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر في
النفع والضرر تركه في الحال كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو
النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان
يطلق امراة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكونه من العوارض والوصية في الاصل تبرع
والصبي ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي
وصية يصح لان اهليتهما مستقيمة اي تامة والمانع حق المولى فيصح اضافتها الى حال سقوط المانع وقوله
ولا يصح وصية المكاتب يعني بتخريج ان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر انفا وقوله والخلاف فيها معروف في
موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من ايمان الجامع الكبير وما عرف من هو ان المكاتب اذا قال كل عبد
املكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند ابي حنيفة ويعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك
قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب نوعين من الملك احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق
والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله ويجوز الوصية للحمل
مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا
علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له وبه ومعرفة ذلك بان جاءت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية
على ما ذكره الطحاوي واختاره المص وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه
الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله
خليفة في بعض ماله بعد موته لا انه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح للجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين
فان قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز رد الارث اجاب بقوله الا انه اي نفس الوصية والايصاء يرتد
بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل
يعني ان الهبة للحمل لا يصح لانه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا
قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية
الوجود لان الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر
من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول في كلام المص تناقض
ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان
قوله بعرض الوجود يعني وجودا يصلح لورود القبض عليه يعني قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في
بطن الام فاندفع التناقض وقوله بابها واسع الخ واضح وان اختلج في ذهنك تناقض اخر بين سعته لاثبات
الوجود لجواز الوصية وتضييقه للجواز بصحتها في غير الموجود فعليك الجواب بمتسع ان شاء الله تعالى وقوله ومن اوصى
بجارية يعني قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية
كقميصها وسراويلها مما تتلبس بها وفيه اشارة الى ان قال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل فيما ينبغي

اليه او الرجل المريض فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية تناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف
لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تعرض ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما
لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تعرض ملكه
في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل اذا كان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه
لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق
تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا اطلق للموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل تقيد
الامر بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله لانه يصح قد ذكر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع
عن الوصية. الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة
جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات
كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو نحو قوله رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة
وله انواع ذكر المص لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا الذي ذكره محمد
اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع ثم مشايخنا من حمل المذكور
في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار
والانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية تعارضا والمذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له
وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود دلالة على الجحود
الحقيقي فانه قال فيه واذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا بقليل ولا
بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد اوصيت لفلان
بكذا الا اني اسألكم ان تشهدوا لي بالباطل وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعا الا انه ليس بجحود حقيقة وما
ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس وما
في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسألة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في
الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي وهو الاصح لان المعلى قال في نوادره سألت
ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا فقال لا يكون الجحود رجوعا
وهو مختار المص واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفيا في الحال كان
رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود هو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت
له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك اذا ثبت ما لم يغيره واذا
كان الكلام ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل
ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح حمل اسم كان في قوله واذا كان
ثابتا في الحال على الوصية وبعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل وقوله ولان الرجوع اثبات في
الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل آخر وتحقيقه ان الرجوع مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد

النفي

النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود
نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه
لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا للكلام العاقل عن الالغاء والجواب
عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو قوله فلا
تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ
الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير وكذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي
عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما للآخر وقوله ولو قال
كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وقوله
جعل تلك الوصية بعينها للغير وقوله لما بينا اشارة الى حسن التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه بدليله فيما تقدم
من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جاز والا فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق
به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات من الكتاب قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم
اوصى لآخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوا فيهما او لا فان اجازوا فلهما الثلثان وان لم يجيزوا فالثلث
بينهما نصفان اذ لا يزاد على الثلث ولا احدهما اولى به من الآخر فيتساويان في سبب الاستحقاق والتساوي فيه
يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة يجعل بينهما وان لم يكن كما لو اقام البينة على نكاح امرأة
بطل السببان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب ابو حنيفة اي لا
يجعل ضربه ماله سهما اي حظا ونصيبا لا يضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما
الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة
لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة
بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي
خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة
السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا
وان لم تجز اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى
في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين
وللآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته
لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج من القدر الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث
ماله وللآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية
ولا يخرج من الثلث لهما في الخلافية وقيد بما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلثه لان الموصي قصد شيئين الاستحقاق
على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع

من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولأبي حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع و
وحاصله أن التفضيل إنما يثبت بناء على الاستحقاق وإذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لأن الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان
فكذلك ههنا بخلاف مواضع الإجماع يعني المحاباة وأختيها وهو واضح وقوله ومن الخلاف ما إذا أوصى بعين من
تركته صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بأن كان
عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وإن احتمل أن
يكتسب مثل العبد الأنفس قيمته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لأن هناك
الحق تعلق بعين التركة يعني أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وإن استفاد
مالا آخر وحق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع
الحقين بخلاف الألف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما يتعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه
قال ولو أوصى بنصيب ابنه ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وإن لم يكن له ابن صحت
وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن أو لم يكن لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت
بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به قال
زفر جازت الأولى كالثانية نظرا إلى حال الوصية فإن المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف
في ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لأن الأول وصية بمال الغير قوله ولو أوصى بسهم من ماله فمعناه
فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فإن قيل الخسيس الأشياء أقلها والخمس أقل من السدس فكيف جعله
بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الأثر واللغة أما الأثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه
إلى النبي عليه السلام فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضي بصرة قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا
لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الأصل
جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة
على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما إذ قوله إلا أن ينقص عن السدس
فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فإما أنه اطلع على رواية
غيرهما وإما أنه جمع بينهما وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن تجيز الورثة ومنشؤها العرف
فإن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد الأقل على
الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من
أثر ابن مسعود وقول إياس وقوله لأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل وذلك لأنه وقع في بعض نسخ
الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وفسر الأول بعض الشارحين فقال يعني إن كان أخس سهام الورثة
أقل من السدس يعطى له السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك

لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر
من السدس فقد خالف ما ذكر بدليل ما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب لا يزاد عليه وإن كان مراده
السدس فما فائدة عمل بالدليلين وأما الثانية وهي قوله فيعطى الأقل منهما فيؤدي إلى النقصان عن السدس وفي الكتاب
إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضا قوله لما ذكرنا إن أريد به السدس فلا تعلق له بقوله وقد يذكر
ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أريد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو
الأداء إلى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله لما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا
والتلازم بذلك إلى رواية المبسوط وهي لما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن
المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس برواية واحدة وإنما هو
مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعسف وإن كان غير ذلك فالله أعلم به ووجه النقل دون عنه
وصورة المسألة ما إذا أوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير
يعطى السدس في قول أبي حنيفة وعندهما يعطى الربع أي مثل الربع فيعطى الخمس تخرج المسألة على قوله على
ستة لحاجتنا إلى السدس للموصى له بسهم بقيت خمسة للزوج منها الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسألة
مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم مضروب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي
عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة لأنه يزاد مثل أخس سهام الورثة
وهو واحد على أصل نصيبه أربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو الربع والباقي وهو نصيب
الموصى له وما بقي فللبنت وإنما كان كذلك لأن الموصي أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل
الربع على الأربعة ليكون المزيد مثلا للربع وأما على رواية الأصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا فتأمل أمثالها
وتخريجها على الروايتين وقوله قالوا أي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو أوصى بجزء من ماله
قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فإليهم البيان وقوله ولو أوصى ببعض ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشيء فالحكم كذلك وقوله وأجازت
الورثة يعطى ثلث المال فإن قيل إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والأربع لقوله وأجازت
الورثة تغاير فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه
يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها إيجاب ثلث على
السدس فجعل السدس داخلا في الثلث لأنه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث وقوله
والمعرفة متى أعيدت معرفة يراد بالثاني عين الأول لما قررناه في التقرير شرح أصول فخر الإسلام قال
ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو
يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لأن كل واحد منهما أي من الهالك والباقي مشترك
بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليها وصار كما إذا كانت
التركة أجناسا مختلفة وهو القياس ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم

في الواحد أي يمكن جمع حق شايع بكل واحد في فرده ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن
الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تنفيذا للوصية على الارث لان الموصي لو جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على
حق ورثته بعد موت الموصي به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في المال المشتمل على الاصل و
التبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كانت فيه ربح وهلك بعضه
تصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم لو صارت الوصية بثلث الدراهم
كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له
الدرهم فكذلك هنا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قولهما فهي كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع
فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة الا برضا
من القسمة الانتفاع فلا بد من التعادل لذوي فيما تعذر ذلك واذا تعذر الجمع تعذر التنفيذ الا فيما الجمع فبقي الكل مشتركا
بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من قوله ولو اوصى بثلث ثيابه
واما اذا اوصى بثلث ثلثة من رقيقه من جنس واحد وبثلث ثلثة من الدور فهلك الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت
سكت اجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر
على القسمة فيها واما على قولهما فالدرهم جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي
ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث
والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد فيجمع
ويرى ذلك لم يكن من اجتهاد القاضي وجمعه تعين الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة
فما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على
القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يرى ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا
قال ومن اوصى لرجل بالف درهم بغير عينها وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
بان كان له ثلثة الاف درهم نقد دفع الالف منه الى الموصى له وان لم يخرج بان كان النقد ايضا الفا دفع منه
اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث لان الاصل في المال
المشترك ان يوفى حق كل من الشركاء بالجنس والبخس فحق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول فيفضل
البيرو في الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب
فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين فيقول الموصى به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف ان لا مال له لم يحنث
بدين له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو
يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الورثة حصة الموصى له فيما بقي من المال و
والجواب عن الاول ان الموصى به الف دراهم ان يكون من المال في الحال وفي المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن
الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين واما في المعين فالوارث كالمودع لا يضمن لانه لم يتعد وقوله
ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت وانه دفع بقوله فلان ابن احمد الحي اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة

ثابت ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه
بل يقوم وارثه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية
لان استحقاق الحي منهما بجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا الاقرب من العلم وعدمه والضمير في قوله
ان الوصية عند الموصي والباقي ظاهر وقوله ومن اوصى بثلث ماله ظاهر وقوله في الصحيح ان الوصية تصح احتراز
عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث هذا
القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة ما اضافه الى ثلث ماله وقوله
وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكر في المبسوط بقوله لو قال بقفيز حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب
وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا
شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده … ما ذكره واضح صورة وتعليلا
خلا قوله وتصلة الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا
والقياس ان لا تصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما يستحق الوصية بعد موت مولاهن وذلك حال
حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة ووجه
الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الحال حلول العتق بها بل لانه حال الموصي لان الظاهر من حال الانسان تقصيد
وصية صحيحة لا باطلة والصحيح هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال للعبد جائزة و…
يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا من الامة فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال
للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا
ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها برقبتها ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية اصلا
ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال العام صادقة بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي
القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد
وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو
ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وقد ذكرناه في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الركوع فان لفظ الجمع هناك
منصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه
بحيث ان كلا منهما خلافة بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله يجعل ذلك في الوارث
ثابت بقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك
قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم … صورة المسئلة ظاهرة
ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق
قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب
ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من
كل واحد منهما ثلث المائة لانه يقتضي اشراكه اياهما جملة واحدة وانما اخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد

منفرداً وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال للاخر اشركتك معهما
فان له نصف كل ما لكل منهما لان تحقق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا تعين المجمل فيه فوضع لفظ الاشراك
فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملاً باللفظ بقدر الامكان وقوله ومن قال يعني لورثته
لفلان علي دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول
وان كان صحيحا لكن اذا اقر به يجبر على البيان وتعذر بموته وقوله فيصدقونه يعني فيما قال لا يصح بيانا لكونه
صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه
الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه
بطريق الوصية فنفذناه وقيل لو كان قصد الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى
مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية
جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث
فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الخ واضح وحاصله انه تصرف
يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث
وباعتبار شبه الاقرار يجعل شايعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين
وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين
لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي
ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذي
هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الاخر فيحسب صحة السبب وعدمها
واما في الاقرار فسبب الشركة تقدم وهو كان سببها قبله فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما
وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل فلا فرق في ذلك بين ما اذا اتفقا
على ذلك او جحد الاجنبي او الوارث ذلك او انكروا جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا
لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فبطل نصيبه
ويثبت في نصيب الاخر وقالا انه اثبته مشتركا وهو مبطل في وصفه ولقائل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى
الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال
حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة
كل منهما غير ممتازة عن غيرها في كل جزء فرضته مشتركات فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار
ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا اي بقاء
في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني يبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث
لامتياز حصة كل منهما عن حصة الاخر قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط وردي رجل له
ثلثة اثواب جيد ووسط وردي يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد

الاثواب ولا يدري ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة
لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو تمام غرض الموصي الا ان يسلم الورثة
الثوبين الباقيين فان المانع حق الورثة وقد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا اعتبر تعليل جانب
الجيد وصاحب الردي وان اعتبر تعليل جانب صاحب الوسط فله وجه اخر وهو ان الهالك ان كان ارفع من
الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك اردى من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه
تتعلق بهذا مرة وبذاك اخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه تتعلق بكل
واحد من الباقيين في حال ولا تتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد يعني صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد
يدعي الجيد ولا يدعي الردي لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فيسلم ثلثا
الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله واذا كانت الدار بين رجلين الى قوله ومعنى المبادلة في هذه
القسمة تابع واما قوله هذا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه
قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة
عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة
ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد [illegible]
بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله اما الاول فانه عوضه
كما ذكرناه يعني في الجارية للموصى بها وقوله اولانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني في وقوعه في نصيب
الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فيصير السهام احد عشر للموصى له
سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم للموصى له اربعة
للورثة لانه لما صحت الوصية عند محمد في عشرة اذرع وفي حق الورثة في اربعة قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة
واربعة وحق الموصى له في خمسة تمسكا بما قال محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعة فيعتبر زعم
كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل الاختلاف فيه بقول محمد بل قوله في الاقرار كقولهما في
الوصية والباقي ظاهر قال ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فبلغه
فاما ان يجيز الوصية او لا فان لم يجز بطلت وان اجاز الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان
امتنع فله ان يمتنع وان اجاز فانه لا تبرع بمال الغير الخ ما ذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله فيكون مقرا
بتقدمه فيتقدم عليه فان الدين مستغرق لجميع نصيبه فيدفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا يخرج عنها
بالانفصال كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض
ولذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فاوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال فتنفذ الوصية في ثلثي كل واحد
منهما كذلك هنا ولكن الام اصل يعني في الوصية والولد تبع فيه لان الوصية على تاويل الايصاء وانما كانت
الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم يسري حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فينفذ الوصية

بالامر ثم يكون لدفع الولد بقدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير
بزيادة المال لانه يؤدي الى نقضها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله الا انه لا
يقابله بعض العوض جواب عما يقال ان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله
وفي ذلك نقض لبعض حصته وجوابه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان
العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع لان الثمن تابع في البيع لما ذكر وقوله اذا اتصل به
القبض انما قيد بذلك لانه انما يقابله بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان متقوما بالاصل حتى لو هلك
قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما يتعلق
بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بتلك الاحوال بمنزلة
الفصول والاصل مقدم على العارض وقوله واذا اقر المريض لامرأة واضح مبناه ان المعتبر في جواز الوصية
وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر
له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله
لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى جواب قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا
لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زايد كالموت في باب الوصية و
قوله الا ان الثاني يوجب عندي [illegible] حكم الاقرار في حالة المرض يوجب تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة
الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الوصية ايجاب بعد الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق
يعني لا يصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له ثم اعتق قبل الموت لم يذكر
ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه دين على العبد حين يصح لما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج
المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول
هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا من طباعه يعني
ان لم يكن مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث
كما لو تصرف عند ما اصاب بذلك وصار صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون
مرض الموت

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له
احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخر عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال ومن اعتق عبدا
في مرضه كلامه واضح قوله والمراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية
لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته تطوعا وقوله كالضمان والكفالة غاير بينهما بالعطف لان
الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال الاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذلك
لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على
المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما نفذ من التصرف اي نجز في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت

فالمعتبر فيه

فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة
لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي
الفين من رجل بالف واعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتدأ بالعتق تحاصا
فيه عند ابي حنيفة ففي الاولى يسلم العبد للمشتري بالف ولا يبقى من الثلث شيء لان العتق لا ينفذ
فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث وقالا العتق اولى في الوجهين قدم المحاباة
او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه
من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء ابقى العقد وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور
في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او
يوصي بعتقه بعد موته يستثنى من قوله التقدم وقوله كالتدبير الصحيح احتراز عن الفاسد منه مثل ان
يقول انت حر بعد موتي في سفري هذا وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق
الموقع وقوله وغيرهما بالجر اي غير العتق الموقع والمحاباة من الوصية كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله
يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله لهما في الخلافية وهي التي تقدم فيها المحاباة
على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان
كان بينهما اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا وقوله لانها تثبت في ضمن المعاوضة يعني
وبالمرض لا [illegible] عنها فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه تبرع يثبت
في ضمن المعاوضة وبالمرض [illegible] عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب
١٢ المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو ان يقال المحاباة
الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية
للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا لو حابى ثم اعتق [illegible] يخرج من
الثلث تحاصا ما ذكره من ان التقدم يقتضي الترجيح فيستدعي ان تنفذ الاولى ثم الثانية [illegible] الاول
ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك [illegible] الثاني
بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك
نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما احكام الوصية وهما فرقتان فاستويا لكن في النهاية وقوله
قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم يقسم بين
العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة متقدمة على العتق الثاني فلا يكون
مساويا لها والعتق الاول متقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الاخير
للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي ان يسترد
صاحب المحاباة مما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة متقدم على حق صاحب العتق الثاني كما لو كان
ولم يكن عتق اخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حقه

العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وانتقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن
كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح
قوله ويحتاج فيه الى الحج يرد على الورثة قال الامام الكشاني الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه
فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنه فيختلف المستحق اذ لا يملك
منه شيئا ويبطل الوصية ويرد الى ما تلي ورثته وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله لانه
يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي الا انه ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته
حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول
ملكه بالدفع فاذا خرج من بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب
الدين فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم كانوا متبرعين فيما لزمهم به وقوله ومن اوصى بثلث ماله
لآخر واضح وقوله وان كان على المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين ثم يسعى
العبد في شيء وكذلك لان الاقرارين بين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر لو كان احدهما متاخرا
عن الآخر فيمنع المتقدم المتاخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كان الامرين كانا
وثبتا بالبينة فيثبتان معا لذلك ولهذا لان الاقرار بالدين [illegible] ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين
اقوى على ما ذكر في الكتاب والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين بكل وجه وثبت العتق
من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق
الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك
الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف لو كان
لهما الف وديعة [illegible] نظر الاول الذي ظاهره انهما فيتحاصان كما اذا اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الورثة بالدين
على الميت يتناول التركة لا الذمة فيقعان معا بخلاف المورث ولذا خصه بشيء غير الالف معا قر بالشيء
الدين في الذمة وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال الا انه ذلك
فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسألة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب والله اعلم

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل
اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلوة او صيام او زكوة او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي
بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول
ينفذ من ثلث ماله ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكره
وما لله تعالى اما ان يكون كلها فرايض كالزكوة والصوم والحج والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة
فطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبههما او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها
والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا
فان كان كلها لله تعالى وهي فرايض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ

بالفرايض

بالفرايض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو
الاهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر
انه يبتدئ بالاهم فان قيل اين خبر قول ابي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب الترتيب في الثبوت
ففي هذه المسألة حجة لابي حنيفة عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا واما اذا
تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فان الزكوة تعلق بها حق
العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله وقد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات
اما في الزكوة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان
قوله ومن لم يحج وقوله عليه السلام من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في
القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان كفارة الافطار ليست مقدمة على صدقة الفطر الثابتة
بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر باثار مستفيضة وقوله وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض فان ذلك
ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية
لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور [illegible] تقديم منها ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان
الظاهر انه يبتدئ بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال كذلك قدم تقديم ما قدم فكذا
ههنا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق
مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان
للعبد ويجعل لكل جهة من جهات القربة نوع بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات
ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان يتحد وهو رضى الله فكل واحد في نفسها مقصود فتفرد
كما تفرد وصايا الآدميين فان لم يجمع منها وايجاب المقصود جهة القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل
يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده
كلامه واضح قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبل
هذا الفصل بقوله لانه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الخ وقوله ومن خرج من بلده حاجا فمات في
[illegible] لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد من اقبل من الخلاف فيما اذا كان له
وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله
لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ من قوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج
للحج ليس من [illegible] الكفر اذا اطعم بعض المساكين ثم مات واوصى وجب الكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعم
بالموت ذكره في الاسرار فاما هو حجة لابي حنيفة عن ذلك فهو حجة لنا في الحج واجيب بان الفرق بان سفر الحج لا يتجزى في
حق الحكم قبل الاداء الوجوب له اي ان الحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وقصد الحج يحجز من الوصي له
يجرد [illegible] وكذا النفقة واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم [illegible]
غرم فانه يجزيه [illegible] في الاسرار وهذا ليس بنافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا انه يقال

التحري في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام نهارا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان خبر الواحد لما فعل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الخ

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدم لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم **قال** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويحتمل ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله وهذا لان عند اتحاد المسجد قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله وما يروى فيه ضعيف يعني ما روي انه عليه السلام قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشار الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر لا يعرف رواته وقال ابن قتيبة هذا ان صح كان نصا في الباب لكن طعن في رواته قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان تحت الوصية للجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شلويه هو بين كونه لا يثبت من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك والقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يجمعه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره اي اقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها يعني وان ورثت منه بكون الطلاق في المرض قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان تطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني ومن اوصى الخ فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب والام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا ورثة عند ابي حنيفة وقوله وفائدة الخلاف تظهر في آل ابي طالب يعني ان من اوصى لآل علي رضي الله عنه فعلى القول الاول اقصى الاب علي فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه هو جواب عن قولهما القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وان يكون متروكا بالاجماع بيان ذلك انه اي عند ابي حنيفة تقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان يعني واذا اوصى بثلثه فالثلث لعميه وهذا الى تفصيل ما جملة القيود على مذهب

ابي حنيفة وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا وعرض بان في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينئذ كان للقائل ان يقول اذا كان له عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا ينبغي ان يجب له الربع او الخمس عند الانفراد على تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجمع كلها ساقط لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه وللعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف الثلث واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الخال بسببها فلم يكن قرابتها اقرب ووجه ذلك انها مستحقة للوصية مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن المساواة لانها العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر لا يخرج عن الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله لانسبائه الانسباء في جمع النسيب وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفة خلافا لهما **قال** ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابي حنيفة وقالا كل من يضم نفقته فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين فانه لم يرد به الزوجة خاصة وكذا قوله فنجيناه واهله الا امرأته وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك واجيب بانه يحتمل انه كان معه بعض اقاربه وانما هم من ضمهم نفقته فانه كان معه من الاقرباء احد لم يدخل فيه بالاتفاق والحقائق لا يستدل عليها بالالفاظ بل معرفتها بالسماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالآية ثانيا فان تثبت ما في الآية على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي استدلا بها وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادره وانهم البيوت قوله لان الانسان يتجنس بابيه فان ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام بني فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال عليه السلام لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء وهي التراب وعن الكلبي قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المص هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما يحصون او لا فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن

وإن كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان
وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون
كان الحكم كما تقدم من دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الأيامى دخوله في الأرامل ولا قال الكرخي يدخل لأن
الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ويقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقوله ليس
محتمل وظاهر دخوله لأنه تركه اعتمادا على ذكره في الأرامل وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى لأنه ليس في
اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف
إليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك و
والكهل الذي بلغ أربعين فزاد عليه ما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية للفقراء
والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبني فلان يعني
إذا أوصى لبني فلان فلا يخلو إما أن يدعو به الأصناف أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث
عند أبي حنيفة من ... كان يقول أولا ولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الإناث في منفردات
فلا يدخل بالاتفاق ووجه قولهما أن جمع الذكور يتناول الإناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله آخرا حقيقة هذا
الاسم للذكور وانتظامه الإناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثاني يتناول الإناث لأن المراد به
مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم فيقسم الوصي بينهم ... عليهم فقرائهم
قال ومن أوصى لولد فلان ومن أوصى لولد فلان ففلان إما أن يكون أبا خاصا أو فخذا فإن كان الأول فالوصية
تناولت الأولاد دون أولادهم الذكر والأنثى عند الانفراد والاختلاط سواء لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما
واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار إليه عند إمكان العمل بها فإن لم يكن له ولد صلبي يدخل أولاد الأولاد
وفي أولاد الأبناء رواية واحدة وفي أولاد البنات روايتان بين ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدوري والصحيح
أنهم لا يدخلون ... فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرناه وإن كان الثاني يدخلون وإن كان الصلبي قائما لأنه إذا كان فخذا
فبنوه وبناته لا يخرج عن الأولاد عادة فيكون مرادا فيدخل بخلاف ما إذا كان أبا خاصا فإن بنيه وبناته لا يخلو عن
الأولاد فلا يكون مرادا وقوله ومن أوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن أوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك
وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فأجازهما وأصحابنا لا يجوزونه فكذلك هذا وكذا روي عن الشافعي رواية عن أبي
حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بني الأعيان
وبني العلات وبني الأخياف ولينظر مرة انتظام الأخوة في الجميع لوصف وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى
المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول
وإليه أشار بقوله لأن الجهة مختلفة وقوله في موضع الإثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو قوله
ثم اليمين وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الإثبات وأجابوا عن مسئلة الحلف بأن ترك
الكلام مع المولى مطلقا لو وقع في النفي بل لأن الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء

وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فإن قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف
قال فالوصية باطلة أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فإن قيل الترجيح
من جهة أخرى ممكن وهو أن يصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه لأن شكر المنعم واجب وكفى بها فضل الإنعام يحقق
المنعم عليه فيندب والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو مروي عن أبي يوسف لهذا المعنى أجيب بأنها معارضة
بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقر وفي الأعلى
الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو مروي عن أبي يوسف لهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له موالي
الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن
عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف إلى حالة
الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن أبي يوسف
أنهم يدخلون لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم له ثابت مستقر والأصح الأول لأنهم
لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالعتق وذلك إنما يكون بعد الموت ويدخل فيه
أي في هذا الإيصاء يعني بالإجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالي
وموالي موالاة دخل معتقوه وهو ظاهر وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بالولاء للعتق الذي باشره في آبائهم و
الفروع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كما في أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف
ما تقدم في بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني فلان وإنما هم بنو بنيه
وعن أبي يوسف أنهم يعني موالي الموالاة يدخلون أيضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والإعتاق لازم جواب
عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به
إذا لم يكن قرينة على أحد المعنيين وهنا قرينة تعين أحدهما وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا
يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا يتحقق
المزاحمة بينهما ولو لم يكن له إلا موالي موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام
العاقل عن الإلغاء ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع
بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم المولى لأولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل
فيه ... أوصى لمواليه موالي العتق هكذا وقع في النسخ وكان الصواب أن يقال موالي المعتق أبوه ... لأن التعليل
يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهو أن الحقيقة هو الذي باشر إعتاق مملوك فيصير به مولى له وفي المجاز
أن يتسبب لذلك بإعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالي الأب والابن فعل الإعتاق
ولا تسبيبه فقلنا إنهم لا يدخلون في هذه الإضافة ومن المحققين من يرى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لأن
الذين أعتقهم موال له حقيقة وقوله ... لأنه يحرز ميراثهم بالعصوبة ... عن ... روي عن أبي يوسف أن
موالي ابنه ... ورثه ... مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ... ذلك أن ...
الميراث ... كونه مولى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث

نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موالي العتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكر في النسخة الصحيحة فبذا أيضا وذلك مما يستقيم فيما إذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء بعد لأنه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما أن نسب إليه إنما ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موالي أعتقهم بإثبات لفظة ابنه وهنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موالي أعتقهم ابنه ومعناه أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لأنه مولاه حقيقة بخلاف موالي الأمر لأنهم ليسوا مواليه أصلا ولكن ينبغي أن تكون بين أعلى من فيهما لأن معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعن هذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضع وإن كان فيه بعد من حيث الإيراد على من سهما خاصة

باب الوصية في السكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لأن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح وبعين الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الإرث لأن الوصية تحتمل التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حال الحيوة فكذا بعد الممات لأن الموت لا ينافيها والإرث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لأنها بدلها فأخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة يشملهما يعني المنفعة والغلة قوله فإن خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فلا يخلو إما أن قال له أبدا أو جعل ذلك زمانا فإن كان الأول خرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه يسلم إليه ليخدمه وإن لم تخرج ولم تجز الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما إلى أن يموت وإن كان الثاني فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست و ستين وسبعمائة أو لم يعين فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وإن مات الموصي بعد مضي بعض تلك السنة أو مات قبل مضيها فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلم إلى الورثة وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد إلى الموصى له يستخدمه سنة كاملة ثم يرد إلى الورثة وإن لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين إلى ثلث سنين ثم يرد إلى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره قال فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة إذا مات الموصى له عاد الموصى به إلى ورثة الموصي لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحق إلى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى لكن لا يجوز أن يستحقها كذلك

لأنه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار و بطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار واضح سوى ألفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر وهو أن الشيء لا يتضمن ما هو فوقه وقوله لأن الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حج ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي عارض فلا معتبر به وقوله ولأن المنفعة دليل آخر قوله وهذا لأنه يجوز يعني بناء على ما قال ولا يملك الأقوى بالأضعف وهو ظاهر واعترض عليه بإجارة الحر نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله فإن كان يخرج من الثلث أي فإن كان العبد إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة وقوله وإذا كانوا في غير مصر الموصي وقوله ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره قد علم جوابه فيما تقدم من طريق غير واحد ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني إذا لم تجز الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكر الضابطين ما أبدا وفي المال ونظر إلى الخبر وقوله لأنه عين يحتمل القسمة بالأجزاء وكلما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث وفيه إشارة إلى الفرق بينها وبين الخدمة فإن العبد لا يحتمل القسمة بالأجزاء فصرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة إلى ما يستوفي خدمة سنة كاملة ثم ما مر ذكره وقوله فلو أراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الحكم قوله عطفا منه لأحدهما على الآخر ومعنى ذلك أنه عطف قوله الآخر برقبته بلوا وعلى قوله أوصى لرجل بخدمة عبده فيعتبر بين الحالة بين حالة العطف بحالة الإفراد أي بحالة انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها لأن الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون يدرك حد الخدمة أو لا فإن كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة لأن بالإنفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير و والنفقة في الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإنفاق عليه لأن العبد لا يقوى على الخدمة إلا بعد الإنفاق عليه خص بحكم الرقبة كالمستعير مع المعير وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لأن التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله وهذا أي هذه المسئلة نظام وقد ذكرناه في الكتاب واضحة وقوله ولا شيء لصاحب الظرف وهو الأمة والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر في هذه المسائل كلها أما إذا كان

احد الايجابين موصولا بالاخر فبالاتفاق واما اذا كان احدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد
قوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتاخير تعليل محمد والجواب عما استدل به
ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على ان المعول على قول محمد قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة
المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحصل على وجوه ثلثة في وجه تقع على الموجود والحادث
ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده لان العرف فيها
جار على الابد بعبره وجه في الثلث وفي وجه تقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره كالوصية بالصوف
على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر
الابد تقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها
والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان تقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة في الموجود
حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمل على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء
وتحصل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ان السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه
هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة قوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى اخر الباب واضح ولله
در المص ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه الا ترى ان معنى ما يحتاج الى تقرير الا وتركيبه او في تاديته لم غيره
قوله ويعقد الخلع صورته ان تقول المراة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي وغنمي صح وله ما في بطنها وان
لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما سواه بعد ذلك فالمراة ان سمت ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره
حتى لو قالت على حمل جاريتي ولم يكن لها حمل ترد المهر

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات
فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلانه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان
لمسلم فانه وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية
معصية فلا يصح ولو اوصى بذلك اي لو اوصى ان يجعل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى
الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعينين بمعنى الاستخلاف والتمليك
فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزناه نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما شاؤا
وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي
باطلة لانه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها
ولابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بالاتفاق فكذلك اذا
اوصوا بما هو يعتقدونه عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف
اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار
وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك بقوله ثم لم تصر محررة لله تعالى حقيقة بل تحرر على معتقدهم
فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله لانهم يبنون دليل اخر على عدم التحرير لله وقوله بخلاف الوصية تتصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال الملك الباقي والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه
كلها ترجع الى الوصية بها وبالايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان بلفظها تقاعد
افادة معناها من ثبوت زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا افادت ما هو قربة فيه عملت عملها
وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الخ واضح قوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة
وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة قوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو
ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية بمعصية وقوله وجهة مشورة يعني ان كان ان يصرف المال
الموصى به الى استصناء المسجد وعبر ما خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف
المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله
في المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية وقال في النهاية وذكر صاحب الكتاب
في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية
والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة
بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهنا الاصح ومما يصلح قرينة قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او
ذمي بماله كله جاز وقيل انما اذا لم يكن له الورثة ههنا اما اذا كانت فانها توقف على اجازتهم وبه يشعر قوله وليس
لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستأمن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على
الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لهم حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك
الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله اليهم عند الفراغ عن حاجته والزيادة
على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق
الورثة الخ وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الخ ظاهر وقوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام دار الا
ظرف لاوصى لا للقول حربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين
وان اوصى الذمي لذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل من قوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم
او ذمي بوصية جاز

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب الوصايا يشتمل على قسمين احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة
الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه ورده في غير وجهه اي
غير علم الموصي بكذا ذكر في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الوصي
فليس برد لان الميت مضى لسبيله متعمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حيوته او بعد مماته صار
مغرورا من جهته فرد رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فان قبول الاول في الحال
غير معتبر حتى لو قبله في حال حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكر واجيب بان نفع
الاول الوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع
الى ورثة الموصي والامر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله

حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه يمكنه ان يقدر على التصرف بنفسه فانه
جعل علة الجواز عدم الضرر كما في رد الموصي لكن قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب
من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان ونقل
عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير
علم الموكل لم يخرج عن الوكالة وذكر فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين
رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وقد اشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله
على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك ايضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله قبل وتسبيه الاضرار يتعين من
واما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان
شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا وكل حال جوابه فانه لم يوجد من الوكيل
قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه
الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصي مغرور حيث لم يسئله عن الرد
والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله فلو انه باع
شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفها لكنه يعتبر
ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكر في كتاب
ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى
يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي
وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حيوة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم
قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لا يخرج بقوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر
لان في ابطاله ضررا بالميت وفي ابقائه للوصي نظر الاول على كونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب ودفع
الاعلى من الضرر اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فلم ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه
عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي
حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المص ومنهم من قال انما
صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج هنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني
والباقي واضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر اي من اوصى الى عبد غيره او كافر حربي او مستأمن او ذمي
او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم هذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية
لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا
او معناه ستبطل قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب الشيخ القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا انه
معناه ستبطل ووجهه ان العبد يستبد للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن المالك يحجزه عن استيفاء حقوق الميت
بنظره لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز

العبد عن التصرف بالوصاية فقلنا بانها ستبطل باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم
شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يصح في البياعات فالفاسق فجاز للقاضي ان يخرجه
من الوصية وقال بعضهم انها باطلة في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية
وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان تكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله
واستبداده اي ما بعدها لانها غير لازمة لانها اعارة منافع العبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل
لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله وهذا يصلح عذرا في الاخراج
وتبديله بغيره لان المستأمن وصي الكافر ينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة
فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واوضح وقوله وهو في اعتبار هذه اي هذه الوصية
وهي وصية عبد على الورثة الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي
انما يلي الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت
في ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله
مستبد احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وهذا اذا كان في الورثة كبار وقوله لم يكن لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه
ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع
وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته
على خلفه وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذا هذا وقوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما وفي
اعتبار هذه تجزيها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا اوصى الى رجل بالدين والى آخر بما في العين والى
الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصي اليه خاصة ونقول يصار اليه اي الى التجزي كيلا يؤدي الى
ابطال اصل التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزيا
بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية قال ومن عجز عن القيام بالوصية
معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وذكر المص العاجز اصلا اذا
ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا
ولما علم صيانة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن
شكى اليه الوصي ذلك اي عجزه عن الاستبداد لم يجبه لما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره
رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي يقوم مقامه بتفويض من جهة القاضي التصرف في حوائج الموصي والقائم
المعزول بقضاء حقوق نفسه ولذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج وان شكاه الورثة
او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين
لم يرو روي عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا
اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا
اصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما

جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وعنده
يثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في اشياء معدودة ولم يذكر
كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع
الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد
ورد المغصوب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ
الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة فقيل يحتمل ان يكون قبول الهبة من جمع الاموال
الضائعة فيعين ان واحد البلاد ين يوعلي ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المص اكثر من ذلك وقوله بسببها الولاية
يعني انها لا يثبت لمن لا يثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست من باب الولاية
اي الولاية المستفادة من الموصي لحقه ما غير او على اليد وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اي قبضه ٢
ليس كقضائه بل هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع
ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي منهما
وقوله والجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغاير واستيفاء القصاص للجد
لكن الوصي فيما انتقل اليه لا يخلف غيره باعتبار من الخلافة الاولى قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند
عدم الاصل وقوله وبعد الموت كان له ولاية اي عند موت الموصي كانت للوصي ولاية في التركتين اي في تركته فيه
سماه تركة باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية
اليه فينزل الثاني منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل وكيل غيره وبوصي الى غيره
قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل اخر بثلث ماله والورثة
صغار او كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة
على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع
الورثة على الموصى له بشيء واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غايبا فقاسم الوصي مع الورثة عن الموصى له
فاعطى الورثة حصتهم وامسك الثلث للموصى له لم ينفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غايبا في
المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزه له كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين
المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا واما اذا كانوا كبارا
فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذلك القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله
ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقايما مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة
عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقايما مقامه في نفوذ القسمة عليه
وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث قال انه
اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بايع الميت ولو لم يكن
خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من اخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بايعه دون بايع بايعه لانه

ليس

ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون مغرورا كغروره وقوله غير ان الوصي لا يضمن جواب سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير
صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع يوجب الضمان كما لو تعدى على المال فهلك
وتوجيه الجواب ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى
انه انما لا يضمن اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن
القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية وقوله ان قاسم الورثة يحتمل ان يكون من سياق كلامه وكذا ذكره
لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قال وان كان اوصى بحجة
رجل مات وترك اربعة الاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الالف ودفعها
الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ
ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم
فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى
ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام
المحبوبي ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال ويوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى تنفرد احد الشريكين من غير
٢٠ قضاء ولا رضا فيجوز اخذ حصته وان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة
فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا قسمته وقوله وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن وقوله
واذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى عبده المأذون له المديون بغير محضر من الغرماء
العبد فان ذلك لا يجوز لان لغرماء العبد سلطانا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا
ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا فليس لغرماء الموكل حق في استسعاء العبد انما حقهم في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع
مبطلا حق الغرماء بل محققا لان حقهم في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد فالبيع يحصل وقوله ولو توى حقا بنفسه
يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين ثم
وقوله لانه ضمنه بقبضه اي لانه بعمل العز يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي
ولا للورثة وقوله لا الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ
من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه
كان قائلا ان العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع
التركة وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني في اخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي او امينه
عبدا للغرماء الخ وقوله فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء فانه لا يرجع بشيء اي لا على الورثة ولا على
المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين اخر وذكر في الذخيرة محالا
الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم ومن
الروايتين تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب
والفقير تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ ظاهر وكذلك قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان

المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق بينها وبين
ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جايز على الصحيح والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها
اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه
كان استبدالا بالمسلم فيه وبراس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها
في مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي
واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز او لا وان كان فيه منفعة ظاهرة
جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة
من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا يجوز على
كل حال وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة
لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون بحكم اهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف
الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن قال واذا كتب كتاب الشراء على
وصي ... تعليم لكتاب الحقوق والشهود لتنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك
احوط وقوله ويبيع الوصي على الكبير الغايب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض
والضياع والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي
بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب
المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن تتقاضى
ديون الميت وتقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون
ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا وبقدر الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على
الديون ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما وينفذ الوصية بقدر الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز
بقدرها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يلي ما سواه دليل المسئلة وهو واضح
ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء
الديون الا بالبيع فكان مامورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار
والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا في بيع الزيادة ان جوازه
للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز وابو حنيفة يقول الولاية هنا ثابتة في الكل ... ولا يتجزى فمتى
ثبتت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرار التعييب للباقي فكان في بيع الكل توفير
عليهم وللوصي ولاية التصرف في نصيب الكبير الا ترى انه يملك الحفظ وبيع المنقول في حال غيبته لما فيه من المنفعة
فان قلت ما حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا غيبا في الكتاب وكذا اذا كانوا صغارا ... فما حكمها اذا كانوا صغارا
وكبارا قلت حكمها ان الكبار ان كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة
الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول

والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا او كانت التركة
خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق
يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله ولا يتجر في المال ظاهر وقوله وهذا هو الحكم في تركة هؤلاء يعني
الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما ترك الاب كوصي الاب في الكبير الغايب فان وصي الام لا يملك
على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه لا تقدم على الام والام حال حياتها لا يملك بيع ما
ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها واما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه
بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان
فان كان مستغرقا فله بيع الكل ويدخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين داخل
تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف الماروس ... الحكم
بعينه هو الجواب في وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذلك لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله
والوصي احق بمال الصغير من الجد ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب
الى الوصي

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم يكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم
عراقتها فيها قوله واذا شهد الوصيان ظاهر وقوله وهو الاستحسان الى اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان
فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب غيرهما وصيا اخر واذا لم يكن له ذلك لم تكن شهادة فكذلك عند اداء الشهادة
اذا علمت فيها الشبهة وجب ان لا يكون القاضي محتاجا الى نصب الوصي اذ الموصى اليهما يشهد بذلك كان من
زعمهما انه لا ينبغي لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من نسي الوصي بالمركب غيره وصيا وهناك تقبل الشهادة فكذلك
هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف
على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله وكذا لو شهد ... الوصية ... واضح وقوله واذا شهد
جاز لرجلين فهذه المسايل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم
جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شايع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او ثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه
وهو ان يشهد الرجلين لرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب اخرا هو ان
يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او ثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما
ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب
واما الوجه الاول ففيه وقع الاختلاف فبناء على ذلك ايضا ووجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد ولم يضطرب
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق
المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه
الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لان محل الدين الذمة لبقائها
لا في المال فلا يتحقق الشركة

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام غالب الوجود ذكر احكام من هو نادر الوجود
ذكر في المغرب ان تركيب الخنثى يدل على اللين والتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه وكان قبل الفصل انه لكن القطع

شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب
فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فإنما هو في موضع التفصيل لا في الإجمال قال
وإذا كان للمولود أي قال القدوري إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر أن الواو الواقع في أول الكلام للا
والكلام ظاهر وقوله فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح ووجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو
لمنفعة ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال عن الأم ليست إلا خروج البول عنهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث
بعد ذلك فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة هو ما قلنا فإذا بال من إحديهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هي
والأخرى زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله أنه إن ظهرت علامة الرجال فهو رجل وإن
ظهرت علامة النساء فهو امرأة وإن لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا بعض ما يقال الإشكال
بعد البلوغ إلا إذا زين به الخالب **فصل في أحكامه** لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل
إذ غير المشكل إما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال الأصل في الخنثى
المشكل ولم يقل المشكلة لأنه لم يعلم تذكيره وتأنيثه والأصل هو الذكر لأن حواء خلق من ضلع آدم عليه السلام
أعتبره فإن قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلوته لاحتمال أنه رجل قيل وإنما قال باستحباب إعادة الصلوة
دون الوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لأن المسقط وهو الأداء معلوم والمفسد وهو محاذاة
الرجل المرأة في الصلوة المشتركة موهوم فللتوهم أحب إلي أن يعيد الصلوة فإن قيل الخنثى إن كان مراهقا فلا إعادة
عليه وإن أفسدها وإن كان بالغا فالإعادة واجبة لأنه إن كان ذكرا وجب الإعادة وإن كان أنثى لا فإنه فيجب احتياطا
فما وجه قوله أحب إلي أن يعيد أجيب بأن مراده إذا كان مراهقا والإعادة مستحبة تخلقا واعتيادا وأما إذا كان
بالغا فالإعادة واجبة كذا في الذخيرة وعلى هذا التقرير يكون إعادة من عن يمينه ويساره وخلفه بحذائه إذا قام
في صف الرجال واجبة كذا ذكر في المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة المرأة
الرجل في حقهم موهوم وقوله وهو أحب إلينا أن يصلي بقناع يعني إذا كان مراهقا وأما إذا بلغ بالسن فذلك واجب
وقوله وهو على الاستحباب يعني إذا كان غير بالغ وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء
فالإعادة واجبة وقوله لأنه يباح لمملوكه النظر إليه رجلا كان أو امرأة قيل فيه نظر لأنه وإن كان صحيحا
في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المرأة لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى موضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر
من مولاتها إلى ما لها أن تنظر إليه من الأجنبيات والصواب في التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو
أخف منه إلى خلاف الجنس فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها فإن قيل فلو زوجه الولي امرأة بمهر
يسير لغنيه عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقرير أجيب بأن محمدا لم يتعرض لذلك لعدم التيقن
بصحة النكاح لعدم تبين أمره وعن هذا لو فعل كان صحيحا لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح
لغو وإن كان ذكرا فهو نظر المنكوحة إلى زوجها وقوله ويكره له في حيوته لبس الحرير قيل الفائدة في قوله في حيوته
فإنه لا لبس بعد الموت وإنما هو للبأس فكان معناه نهو تام قوله ليس وهي هنا قشة منهلة لأنه ليس كل ما يذكر
في التركيب يكون قيدا للاحتراز يجوز أن يكون بعضها بيانا للواقع وإنما كره ذلك لأن لبس الحرير حرام على الرجال دون

النساء

النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره
اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وأن ينكشف قدام الرجال وقدام النساء يعني إذا كان مراهقا والمراد
بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا وهذه المسئلة
يدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لأنه لو كان كنظر الرجل
إلى الرجل لجاز له التكشف للنساء في إزار واحد وقوله وأن يخلو به أي يكره أن يخلو به غير محرم من
رجل أو امرأة لقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما شيطان ولم في ذلك
محتمل نظر إلى حاليه وقوله لأعلم أن في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله لما قلنا
إشارة إلى قوله لأن الخنث لا يثبت بالشك وقوله وإن قال بالغول يعني أن قول كل عبد لي وكل أمة لي حرة
حر وقوله لأنه لين بمهمل يعني لأنه في الواقع لن يخل عن أحد الحالين وقوله لأنه دعوى يخالف قضية الدليل
لأنه تقتضي بقاء الإشكال وهو لا يعلم في ذلك عن نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي أن يقبل إنما قال
بلفظ ينبغي لأنه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لا يحل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء أي غسل الرجل
المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فإن النظر إلى العورة حرام والحرمة لم ينكشف بالموت إلا أن نظر الجنس إلى الجنس
أخف فأحل للضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فإذا كان مشكلا لم يوجد له
جنس يتعين غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال
أو عكسه فإنه يتيمم بالصعيد بعد الخرقة أن تيمم الأجنبي وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم إلى وجهه
ويعرض وجهه عن ذراعيه ولا يجوز أن يكون امرأة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لأنه بعد الموت
لا يقبل المالكية والشرى غير مفيد بخلاف الختان فإنه في حال الحيوة وله أهلية الملك فيها وقوله وضع الرجل مما يلي الإمام
والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحيوة لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الإمام بعد درجة فكذلك
في حال الممات والأصل فيه قوله عليه السلام ليليني منكم أولوا الأحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر
جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل إلى جانب القبلة لأن جهتها أشرف فالرجل بالتقرب إليه أولى وقد جاء في حديث
أنه عليه السلام يقدم أكثرهم أخذا للقرآن إلى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين
وقوله وإن جعل على السرير نعش المرأة النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة وقد
تقدم في كتاب الصلوة وقوله وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلث فلا بأس بذلك لأن عدد الكفن يعتبر بعدد الثياب
في حال الحيوة فالزيادة على الثلثة في الكفن للرجل غير ضارة كما كان في حال الحيوة فإن للرجل أن يلبس حال الحيوة أزيد
على الثلثة وأما إذا كان أنثى فكان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة فإن السنة في كفنها خمسة أثواب قال
ولو مات أبوه وخلف ابنا أعلم أن الشيخ أبا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المص
في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي في عامة الكتب ذكر قول محمد مع قول أبي حنيفة وكذا أبو يوسف ومحمد
اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسره على وجه وأخذ به وهو
أن يجعل المسئلة على سبعة ثم جمع ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد بأن يجعل على اثني عشر وأخذ به

وكان قول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة ومحمد فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا
عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عندنا في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور
احدى علامات الذكور بلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا وقال الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول
الشعبي وابن ابي ليلى والثوري وهو مروي عن ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على
اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة
لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت
في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيب ابن فنضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم
وثلثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة وقال محمد الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين
وان كان انثى يكون اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان
لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين فالسهم الزائد وقع
فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني
عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المص الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على
تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان نضرب
السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين فمن له حصة من كان له شيء من السبعة في اثني
عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلثين ومن له حصة من كان له شيء من اثني عشر في
السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين لكن قال
الامام حميد الدين ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا ابن زيادة سبب استحقاقه بالذكورة
او الانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سببه متحقق غير مشروع فالاولى البناء على المتيقن
والاقل وهو ميراث الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثنا تنطلقا عمرا ثانيه يوجد بالمتيقن بدون المشكوك
الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بالثلثة حتى يقوم الدليل على الزايد لكون الاول
متيقنا بدون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في
القسمة بقاء فلا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق الفضل بسبب
الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء
من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني جعلنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب
الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان يصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى اذا قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الذكر
في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان تكون زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرناه الخنثى انثى
كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا
كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امرأة واخوين
لام واختا لاب وام هي خنثى للمرأة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى يرث النصف ويكون

المسئلة

المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلثة عشر ولها ستة من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر وهو اقل
فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف
ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تقسيم قوله اقل النصيبين اسوء الحالين وهذا امر بسط عامة الصحابة فان قيل
اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المص في الكتاب قلت كانه اشار الى
ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عندنا في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان التثليث في تلك المسئلة بين
الابن والثلث الى الخنثى وهو على ذلك الحكم الى ان يتبين سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقض
من ذلك بمزاحمة الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فنفي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه
الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا
في قول ابي حنيفة وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز
ابو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهو ابو مستغفر يصون القاضي قضاءه وينظر لمن هو
عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فياخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه
وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس
الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله اعلم

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من دأب
المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله واذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار يشير الى ما يجيء
من الاخرس وهو معتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا
والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان ذلك منه معهودا في نعم وقوله ولا
يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام
ولم يقدر عليه وقوله حتى لو امتد ذلك به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة انه قال ان دامت
الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان
كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله في الاية عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل
الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا افلت شيئا من ذلك
فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله ولا يحد الاخرس اذا قذف بالاشارة والكتابة ولا يحد له اذا
كان مقذوفا وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب
الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور
فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين احتراز
عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان
الى فلان على ما ذكرنا على الاقسام الثلثة والحكم في كل منها ما ذكر وقوله فينوي فيه اي تطلب منه النية فيه وقوله
لانه بمنزلة صريح الكناية اي كناية القولية كقوله انت بائن واما الثالث قوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه

كما يثبت بالعربي يثبت بغيره وقد يثبت بغير لفظ اي بفعل يدل على القبول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون
الجواب هناك كذلك اي لا يكون حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه
اي الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اي محمد جمع بينهما اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء
وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لان فصل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حتى
يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة
لان اي الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل باثار الاقلام وهي منفصلة عن
المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه والمتصل بالمتكلم
اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله ومن كذا الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله والمجوز
ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان او يحيل بان اسرا اي بغير او كتب وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة
لحم ظاهر وطولب بالفرق بين مسالة الغنم وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا يعين بينهما
وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان
الثوب النجس والطاهر بصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف
من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر
الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم وثوب الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كانت ثلثة
ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس
بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى • والله اعلم
بالصواب • واليه المرجع والمآب •

تم النصف الاخير من كتاب العناية في شرح الهداية • نقل من نسخة الشارح الفاضل العلامة
الشيخ اكمل الدين رحمة الله عليه رحمة واسعة • قد وقع الفراغ من تحرير هذا الكتاب الشريف
المبارك تصنيف الشيخ الامام العلامة وحيد دهره وفريد عصره افضل المتاخرين ناصح الملوك
والسلاطين جامع المعقول والمنقول حاوي الفروع والاصول • اكمل الملة والدين جعل الله الجنة
مثواه • على يد العبد الفقير الحقير النحيف الداعي الراجي الى رحمة ربه الغاني الحاج بن مصطفى
عفى الله عنهما يوم السبت في وقت العروب في تاريخ سنة ربع عشر وتسعماية
في يوم الخامس من شهر شوال • في قسطنطينية حماها الله تعالى •
اللهم اغفر لنا ولوالدينا ولمشايخنا ولاستاذينا ولخصمائنا
ولمن اوصينا بالدعاء الخير ولجميع المسلمين والمسلمات
والمؤمنين والمؤمنات الاحياء منهم والاموات
وصلى الله على سيدنا محمد وآله اجمعين •

بسم الله الرحمن الرحيم • الحمد لله رب العالمين • والصلوة على محمد خاتم النبيين •
هذه رسالة في عدم جواز رفع اليدين عند الركوع وعند رفع الراس منه عند ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله
قال ابو حنيفة رضي الله عنه من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس منه فصلوته فاسدة رواه عنه مكحول
وقال الشافعي رحمه الله بخلافه والدليل لابي حنيفة ما رواه باسناده عن حماد عن ابرهيم النخعي عن علقمة عن عبد الله
بن مسعود قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لقي الاوزاعي ابا حنيفة في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون
ايديهم عند الركوع والرفع منه وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه عند الركوع
والرفع منه فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابرهيم النخعي عن علقمة عن عبد الله بن مسعود ان النبي عليه السلام كان يرفع
يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال عجبا من ابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث
حماد عن ابرهيم النخعي ترجح روايته بعلو الاسناد فقال ابو حنيفة اما حماد فكان افقه من الزهري واما ابرهيم فكان
افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت علقمة افقه منه واما عبد الله فعبد الله ترجح روايته بفقه رواته وما روى
مسلم في صحيحه باسناده الى جابر بن سمرة قال خرج علينا رسول الله عليه السلام وقال ما لي اراكم رافعي ايديكم كانها
اذناب خيل شمس اسكنوا في الصلوة ووجه الاستدلال من ثلثة اوجه الاول بقوله ما لي اراكم لانه للانكار
والمباح لا ينكر فضلا عن المستحب والسنة والثاني بقوله كانها اذناب خيل شمس فانه تشبيه بغير حسن والمباح لا يشبه
بذلك والثالث بقوله اسكنوا فانه امر وهو للوجوب فان قيل هذا خرج على سبب خاص وهو انهم كانوا يشيرون بايديهم
حال التشهد يمنة ويسرة فنهاهم عن ذلك فالجواب من وجهين احدهما انه لو كان المراد ذلك كان المناسب لبيانه عليه السلام
ان يقول ما لي اراكم تشيرون بايديكم والثاني ان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وما روى سفين عن عاصم بن كليب
عن عبد الرحمن بن الاسود عن علقمة عن عبد الله بن مسعود عن النبي عليه السلام انه كان يرفع يديه في اول تكبيرة ثم
لا يعود رواه ابو داود وما روى حماد عن ابرهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود انه قال الا اصلي بكم صلوة رسول الله
عليه السلام فصلى ولم يرفع يديه الا مرة واحدة رواه ابو داود والترمذي وما روى صاحب السنن باسناده ايضا
الى عبد الرحمن بن ابي ليلى عن البراء ان رسول الله عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة رفع يديه الى قريب من اذنيه ثم لا يعود
وما روى محمد بن الحسن في موطاه قال اخبرنا محمد بن ابان بن صالح عن عاصم بن كليب عن ابيه قال رايت علي بن ابي طالب يرفع
يديه في التكبيرة الاولى من الصلوة المكتوبة ثم لم يرفعهما فيما سوى ذلك وما حدث به الكرخي قال الطحاوي والبرطي انه
مما سمعته منه قال حدثنا الحضرمي قال حدثنا زكريا بن يحيى ابن ابي زائدة قال حدثنا المحاربي عن محمد بن عبد الرحمن
ابن ابي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس وعن نافع عن ابن عمر عن النبي عليه السلام قال لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن
افتتاح الصلوة والقنوت في الوتر والعيدين واستقبال البيت وعلى الصفا والمروة والجمرتين والموقفين وما قال محمد
في موطاه اخبرنا محمد بن صالح عن عبد العزيز بن حكيم قال رايت ابن عمر يرفع يديه بحذاء اذنيه في اول تكبيرة افتتاح الصلوة
ولم يرفعهما فيما سوى ذلك وما قال ايضا اخبرنا ابو بكر ابن عبد الله النهشلي عن عاصم بن كليب عن ابيه وكان من اصحاب علي
ان علي بن ابي طالب كان يرفع يديه في التكبيرة التي يفتتح بها الصلوة ثم لا يرفعهما في شيء من الصلوة وما قال الطحاوي حدثنا
ابو داود قال حدثنا الحماني قال حدثنا يحيى بن آدم عن الحسن بن عياش عن عبد الملك بن ابجر عن الزبير بن عدي عن ابرهيم

من الاسود قال رايت عمر بن الخطاب يرفع يديه اول تكبيرة ثم لا يعود قال الطحاوي هو صحيح افترى ان عمر بن الخطاب وعلي
ابن ابي طالب رضي عنهما ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه في الركوع والسجود وعلم ذلك من دونهما لا افترقا وترك اصحاب رسول
الله دليل واضح على ان ذلك حق لا يسع لاحد خلافه وقد روي في ذلك اخبار كثيرة لكن اختصرنا على هذا فلم يستقض بعضها
لم يستقض باصباح واحتج المخالف باحاديث منها ما روي عن ابن عمر عن رسول الله انه كان يرفع يديه حذو منكبيه اذا افتتح الصلوة
واذا كبر للركوع واذا رفع راسه منه رفعهما كذلك رواه البخاري ومسلم والجواب انه ليس فيه ما يدل على الدوام ونحن نقول كان
كذلك فنسخ ولئن سلمنا انه لم ينسخ فليس بدليل لما روينا عن ابن عمر من قوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن الحديث ولانه حكاية فعل وهي لا تعارض هذا القول ولا قوله عليه السلام في حديث جابر اسكنوا في الصلوة ولان
ما روينا محرم وهذا محتمل والترجيح للمحرم ولان الاصل في تعارض الاخبار اذا تعذر الرجوع الى ما بعد ذلك من الدليل وهو
القياس وهو دليل لابي حنيفة لان التكبيرات في الصلوة على نوعين فرض كتكبيرة الاحرام والرفع فيها مسنون بالاجماع وسنة
كتكبيرة السجود والرفع فيها ليس بمسنون بالاجماع وتكبير الركوع سنة فلا يسن الرفع فيه قياسا على تكبير السجود ومنها ما روى
عن ابي قلابة انه راى مالك بن الحويرث اذا صلى كبر ورفع يديه واذا اراد ان يركع رفع يديه واذا رفع راسه من الركوع
رفع يديه وحدث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع هكذا رواه البخاري ومسلم والجواب انه عليه السلام صنع ذلك مدة اوعلى
الدوام والاول مسلم ولا يفيد والثاني ممنوع ولئن سلم فالحديث ما يدل على ذلك وانه حكاية فعل وقد تقدم في الجواب الاول انه مرجوح
ومنها ما روى عن وايل بن حجر انه راى رسول الله رفع يديه حين دخل في الصلوة وكبر ووضعهما حيال اذنيه ثم وضع يده
اليمنى على اليسرى فلما اراد ان يركع اخرج يديه من الثوب ثم رفعهما وكبر وركع فلما قال سمع الله لمن حمده رفع يديه رواه مسلم
والبخاري والجواب انه راه ينفعل ذلك مستمرا الى وقت والاول ممنوع وقد ادعى عمر وعلي ولانه حكاية فعل فلا يعارض القول
كما تقدم ولان ما ذكرناه محرم فكان اولى وقد قيل لابرهيم عن حديث وايل فقال ان كان وايل راه مرة يرفع فقد راه عبد الله
خمسين مرة انه لا يرفع ومنها ما روي عن ابي حميد الساعدي انه قال عشرة من اصحاب رسول الله قالوا كان رسول الله اذا قام
الى الصلوة استقبل القبلة ورفع يديه والجواب انه لا دلالة فيه لان ذلك في تكبير الافتتاح ونحن نقول به ومنها ما روي عن
ابن ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه اذا دخل في الصلوة واذا ركع واذا رفع راسه من الركوع والجواب انه موقوف
في رواية البخاري وما ذكرنا من الاجوبة المتقدمة ومنها ما روي عن ابي هريرة قال رايت رسول الله عليه السلام يرفع يديه
في الصلوة حذو منكبيه حين يفتتح الصلوة وحين يركع واذا رفع للسجود رواه ابو داود والبخاري والجواب ما تقدم ومنها ما روي
عن جابر بن عبد الله قال رايت رسول الله في صلوة الظهر يرفع يديه اذا كبر واذا ركع واذا رفع راسه من الركوع رواه ابن ماجه
والجواب ما تقدم وان تخصيصه بالظهر يدل على عدم الدوام لان صلوة جابر مع رسول الله لم يكن مقتصرة عليها فدل على نسخه
ومنها ما روي عن ابي موسى قال الا اريكم صلوة رسول الله فكبر ورفع يديه ثم قال هذه فاصنعوا والجواب انه لا دلالة له على
المطلوب لان المراد بالرفع هو ما كان عند تكبيرة الافتتاح ومنها ما روي عن عبد الله بن الزبير انه صلى بهم يشير بكفيه حين
يقوم وحين يركع وحين يسجد وحين يرفع قال يعمون فانطلقت الى ابن عباس فاخبرته بالذي فعله عبد الله فقال ان احببت
ان تنظر الى صلوة رسول الله فاقتد بصلوة ابن الزبير رواه ابو داود والجواب انه لا يتعلق بمحل البحث ولئن تعلق دل
على الرفع عند السجود وعند القيام منه ولم ذلك بصحيح بالاتفاق على انه مدفوع بالاجوبة المتقدمة ومنها ما روي عن ابن بكر

الصديق

الصديق انه كان يفعل هكذا يرفع يديه اذا افتتح الصلوة واذا ركع واذا رفع راسه من الركوع وقال صليت خلف رسول الله
عليه السلام وكان يفعل مثل ذلك رواه البيهقي والجواب ما تقدم ومنها ما روي عن عمر قال رايت رسول الله يرفع يديه اذا كبر
واذا ركع واذا رفع راسه من الركوع رواه الدارقطني والجواب ما تقدم وان قوله رايت يفعل كذا يدل في العرف على عدم الدوام
الا ترى انك اذا قلت رايت فلانا سنته كذا لم يصح ان تريد جميع السنة فانما رايته في بعضها وعليه محمل كلام
عمر ليلا يخالف فعله قوله فاتا روينا عنه انه لم يرفع ومنها ما روي عن علي بن ابي طالب انه كان اذا قام الى الصلوة
المكتوبة كبر ورفع يديه حذو منكبيه ويصنع مثل ذلك اذا قضى قراءته واراد ان يركع ويصنعه اذا رفع راسه من الركوع
رواه البخاري وغيره والجواب ما تقدم على انه معارض بما روينا انه لم يرفع فكان فعله متنا قضين ومنها ما روي عن
عمر الليثي قال كان رسول الله يرفع يديه مع كل تكبيرة في الصلوة المكتوبة رواه ابن ماجه والجواب انه ان صح دل على
الرفع عند كل سجود وعند القيام في كل ركعة ولم يقل به احد على انه ان كان ذلك ونسخ كان دليلا لنا ومنها ما روي
عن البراء قال رايت رسول الله اذا افتتح الصلوة رفع يديه واذا اراد ان يركع واذا رفع راسه من الركوع رواه الحكيم
والجواب ما تقدم وانه معارض بما روى عبد الرحمن ابن ابي ليلى عن البراء ان رسول الله كان اذا افتتح الصلوة رفع يديه
الى قريب من اذنيه ثم لا يعود ومنها ما روي عن حميد بن هلال قال حدثني من سمع الاعرابي يقول رايت رسول الله
وهو يصلي يرفع يديه والجواب ان الراوي مجهول ومثله لا يحتج به والجواب الكلي ان المجتهد يصيب ويخطئ فان كان
الصواب ابي حنيفة فصلوة من ذهب الى خلافه باطلة على الدوام وان كان الصواب مع غيره فيترك الرفع
لا يبطل الصلوة بالاتفاق وح لا يخفى ان الاخذ بقول ابي حنيفة اولى بكل حال ۞ والله اعلم بالصواب ۞

هذه مقالة في عدم وجوب تضمين المنافع بالاعيان وفي حال ما قال بعض اصحاب الشافعي في الرد على دليل المانعين
عن وجوب الضمان في الجواب عنه ۞ قال الحنفية من غصب دارا فاتلف منافعها لم يجب الضمان ۞ وقال الشافعي وجب واستدلوا باتانة ضمان العدوان
وهو مشروط بالمماثلة نقضا قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الآية ۞ ولا مماثلة بين المنافع والاعيان صورة
وهو ظاهر ولا معنى لان الاعيان باقية والمنافع اعراض لا تبقى ولا مماثلة بين ما يبقى وما لا يبقى من حيث المعنى وعارضت الشافعية
بان العينية ان كانت في جانب البدل فضلا فتي جانب المنافع ايضا فضل وهو ان منفعة شهر اكثر اجزاء من الدرهم عند المقابلة
وحلها موقوف على تقديم مقدمة من مباحث الكم هي ان الكم وهو عرض يقبل القسمة لذاته وهو ينقسم الى متصل ومنفصل لانه
اما ان يكون بحيث يمكن ان يفرض فيه اجزاء يجمع بينها حد مشترك هو نهاية جزئين منها او لا والاول هو الكم المتصل والثاني المنفصل
والمتصل اما ان يكون قار الذات او غير قار الذات لان اجزاءه المفروضة اما ان يكون ثابتة اولا والاول هو القار الذات و
الثاني غير قار الذات والقار الذات هو المقدار وهو ثلثة جسم وسطح وخط لانه اما ان يقبل القسمة في الجهات الثلث الطول والعرض
والعمق او لا والاول هو الجسم التعليمي والثاني اما ان يقبل القسمة في جهتين او في جهة واحدة والاول هو السطح والثاني هو الخط ثم
ان الكم ينقسم الى ذاتي وعرضي فالذاتي هو العدد والمقادير الثلثة والزمان والعرضي هو الذي يقال له انه كم بسبب مقارنته
للكم الذاتي وهو اربعة اقسام الاول ما يكون موجودا في الكم الذاتي كالطول والقصر فانهما يعرضان للكم الذاتي كما يقال هذا
الخط طويل بالنسبة الى ذاك وذاك قصير بالنسبة الى هذا وكما يقال هذا العدد قليل وهذا العدد كثير والثاني ان يكون
محلا للكم الذاتي كالجسم الذي هو محل الكم الذاتي والمعدود الذي هو محل العدد والثالث ما يكون حالا في الكم الذاتي كالبياض

الحال في الجسم الذي هو محل الكم الذاتي كما يقال بياض طويل وبياض الطول والرابع ما يكون متعلقا بما يعرض له الكم كالقوة المتصفة بالتناهي واللاتناهي والكم المنفصل يعرض للكم المتصل الذاتي وللكم المتصل العرضي فاما ما يعرضه للاول فلان المقادير تعرض لها القسمة فيعرض لها العدد الذي هو الكم المنفصل واما عرضه للثاني فلان الزمان كم متصل بالعرض لانه تقدر بالمعايسة الى المسافة فيقال زمان حركة فرسخ ويعرض له العدد بسبب الانفصال الى الساعات والايام والشهور واذا عرفت هذا فنقول ان منفعة الشهر اكثر اجزاء من الدرهم عند المقابلة ان المنفعة كم عرضي لانها وجدت في كم ذاتي وهو الزمان والزمان هو ايضا كم عرضي لما مر انه تقدر بالمعايسة الى المسافة فيعرض له بسبب الحركة في المسافة العدد وهو كونه شهرا وله اجزاء من ايام وساعات ويعرض بسبب ذلك للمنافع الحاصلة فيه عدد واجزاء فاذا قدر حركة في مسافة مدة شهر من متحرك ثم قدر تلك الحركة في اجزاء درهم بان يعتبر اجزاء الدرهم العقيقية والطولية والعرضية اجزاء سطح يقع عليها الحركة يزداد اجزاء الحركة الواقعة في المسافة الاولى واجزاء الزمان واجزاء المنفعة الحاصلة فيه على اجزاء الحركة الواقعة على السطح الدرهمي واجزاء زمانها والمنفعة الحاصلة فيه فكان الفضل الحاصل في اجزاء المنفعة معادلا للنقصان الذي في المنفعة باعتبار العينية وحصلت المماثلة التي هي شرط ضمان العدوان بالنص فيجب الضمان والجواب ان هذا فاسد من وجهين الاول ان الجهود في ترتيب هذا النوع من البرهان ان يعتبر الزيادة والنقصان باعتبار موضوع واحد مثل ان يقال الزمان المنطبق على كل المسافة اكثر من الزمان المنطبق على جزء ما وهذا كذلك لان الزيادة والنقصان انما يعتبران فيما يكون له اجزاء مجتمعة في الوجود والمنفعة ليست كذلك الثالث انا اذا اعتبرنا المتحرك بطئ الحركة جدا امكن ان يكون مقدار حركته شهرا في مسافة مقدار حركته في مسافة درهمية على الوجه المذكور فينتفي زيادة المنفعة المعادلة للنقصان العينية وينتفي المماثلة في تلك الصورة فلا يكون الضابط كليا الرابع يجوز ان يكون المنافع في بعض المواضع اكثر قيمة فيتساويان في الاجزاء ويفضل البدل بالعينية فينتفي شرط الضمان فلا يكون الضابط كليا ولا قايل بالفضل يوجب الضمان في موضع دون موضع والله تعالى اعلم

نقلت الرسالة من نسخة نسخة مؤلفها سلمه الله تعالى وابقاه ومتعنى الله به ورضي عنه
الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان الا على الظالمين
والصلوة والسلام على سيد الانبياء والمرسلين
وعلى آله واصحابه اجمعين